Hatte und hat ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot immer die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zur Folge?

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Albert Halbe

Rechtspraktikant am Königl. Landgerichte Landshut.

ACAD. LIBRAT. BIBL.

Approbiert am 13. Oktober 1906.
Referent: Prof. Dr. Binder.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

66

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0028

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Rückblick auf die Verbote des älteren römischen Rechtes, des corpus iuris und des gemeinen Rechtes 1
A. 1. Die Aufgaben des Verbotes im Vergleiche zu denen des Gebots 1
2. Begriff des Rechtsgeschäftes, und die verschiedenen Wirkungen eines Verbots auf ein Rechtsgeschäft; Begriff der Ungültigkeit im gemeinen Recht. 3
3. Die Arten der Verbote im älteren römischen Recht, leges imperfectae, minus quam perfectae und perfectae; die Bedeutung der Worte: lex perfecta rescindit 6
B. Das Recht des Kodex und seine Entwicklung seit der Rezeption 13
1. l. 6 C. 2, 3 und ihre Bedeutung in der gemeinrechtlichen Doktrin 13
2. l. 5 C. 1, 14, ihre Entwicklung in der Jurisprudenz seit der Rezeption bis in die neueste Zeit 15
3. Untersuchungen über die Bedeutung, die die l. 5 C. 1, 14 im justinianäischen Rechte haben konnte, die occasio legis 21
4. Untersuchungen auf Grund der Geschichte der Rezeption, über die Bedeutung der l. 5 C. 1, 111 für das gemeine Recht; Ansichten der theoretischen und der praktischen Rechtswissenschaft 27
II. Das Recht des BGB. 31
A. § 134 BGB. 31
1. Begriff und Arten der Unwirksamkeit 31
2. Geltungsbereich des § 134 BGB.; seine Beziehungen zu Zivilverboten, zu Strafverboten 36
3. Nichtigkeit und Rückforderungsrecht bei verbotenen Rechtsgeschäften, bei unerlaubten Handlungen und bei verbotenen Verträgen; verbotene Aneignung 43
4. Terminologie des BGB., um Verbotsgesetze zum Ausdruck zu bringen 46

Seite

5. Einzelne Verbotsgruppen des BGB.:
   a) Verbote im Interesse des Grundsatzes von Treu und Glauben, der Verkehrs- und der Rechtssicherheit . . 48
   b) Verbote aus wirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Gründen; die absoluten Veräußerungsverbote im wirtschaftlichen Interesse 53
   c) Verbote zur Aufrechterhaltung der im BGB. anerkannten Rechtsinstitute 61
6. Verbote und Verbotsmomente im Familienrecht; die Ungültigkeit des Eherechts 63

B. Ausnahmen von der allgemeinen Regel des § 134 BGB.
1. § 135 BGB. Unterschied zwischen absoluten und relativen Veräußerungsverboten. Begriff der Verfügung 68
   a) Die absoluten Veräußerungsverbote außerhalb des BGB., welche nicht im wirtschaftlichen Interesse erlassen sind 70
   b) Die relativen Veräußerungsverbote, ihre Einteilung und Wirkung; §§ 6, 7 KO. 72
   c) Rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote; Verhältnis der §§ 137 und 399 zueinander 75
   d) Die Mittel, welche dem durch ein relatives Veräußerungsverbot Geschützten zur Geltendmachung seiner Rechte zur Verfügung stehen 76
2. Weitere Ausnahmen von der Regel des § 134 BGB. . . 79

Literaturverzeichnis.

Bekker, Pandekten.
Crome, Bürgerliches Recht. 1900.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Jena 1901.
Dernburg, Pandekten. 1884 und 1902.
Dernburg, Bürgerliches Recht. 1. und 2. Aufl.
Eck, Vortrag.
Endemann, Lehrbuch. 3. und 4. Aufl.
Endemann, Verbotsgesetze. 1887.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Fischer u. Henle, Komm. zum BGB. 1906.
Franck, Komm. zum RStGB. 2. Aufl.
Glück, Kommentar. Erlangen 1790.
Haidlen, BGB.
Jhering, Geist des römischen Rechtes. 4. Aufl.
Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts.
Kommissionsprotokolle zum BGB.
Motive zum BGB.
Planck, Komm. zum BGB.
Puchta, Pandekten 9. Aufl., Vorlesungen 5. Aufl.
Rehbein, Komm. zum BGB.
Savigny, System des römischen Rechts.
Staudinger, Komm. zum BGB.
Schloßmann, Vertrag.
Seuffert's „Archiv" Bd. 33 und 49.
Sintenis, Zivilrecht. 3. Aufl.
Sohm, Institutionen. 8. und 9. Aufl.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.
Vangerow, Pandekten. 7. Aufl.
Windscheid, Pandekten. 8. Aufl.

Dem ersten Teil der Arbeit ist in der Hauptsache Endemanns Abhandlung „Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze" zugrunde gelegt.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

I.

Zwei Mittel stehen dem ius publicum zu Gebote, die Willenssphäre der Individuen voneinander abzugrenzen und dadurch allgemeingültige Rechtsnormen zu schaffen: Gebot und Verbot.

Zwar enthält jedes Gebotsgesetz ein Verbot, nämlich das Verbot des Zuwiderhandelns, wie umgekehrt jedes Verbot ein Gebot, das Gebot des Unterlassens[1]) enthält; trotzdem sind beide zu trennen: Das Gebot ist die bejahende, schaffende Kraft, das Verbot dagegen die verneinende und vernichtende.

Endemann drückt dies in seiner Abhandlung S. 4 folgendermaßen aus:

a) „Gebietende Gesetze sind diejenigen, welche bestimmte positive Erfordernisse für den Begriff der zivilrechtlichen Geschäfte vorschreiben."

b) „Die verbietenden Gesetze wehren zum Schutze der Rechtsordnung die beabsichtigten Rechtshandlungen ab, schließen deren Vornahme gänzlich aus."

In den Gebotsgesetzen also sichert und ergänzt die Rechtsordnung den Parteiwillen, stattet ihn mit gerichtlichem

---

[1]) vgl. Windscheid, Pand. I § 27; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 2 und S. 347 f.; Endemann, Die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze S. 4; ferner Endemanns Lehrb. des bürgerl. R. I S. 38; Dernburg, Pand. (7. Aufl.) § 91.

Zwange aus und erhebt auf diese Weise die Geschäfte des Verkehrs zu Geschäften des Rechts, d. h. zu Rechtsgeschäften.

Aber nicht jedes Geschäft, das der Verkehr erzeugt, kann von der Rechtsordnung geschützt und zum Recht erhoben werden; dies wird vor allem immer dann nicht der Fall sein, wenn Geschäfte ins Verkehrsleben treten, die entweder im Widerspruch zu den vom Recht anerkannten Geschäften stehen, oder zwar scheinbar die Begriffsbestimmungen derselben in sich tragen, im praktischen und wirtschaftlichen Erfolge dagegen regelwidrige und rechtswidrige Folgen äußern würden. Solche Geschäfte zu verhindern, entweder von vorneherein auszuschließen oder, wenn sie vorgenommen sind, ihnen die Anerkennung zu verweigern, ist Aufgabe des Verbotes.

Hat es also das Gebot mit der Sicherung und Ergänzung des Parteiwillens zu tun, so beschäftigt sich das Verbot mit der Einschränkung, wenn nicht gar mit der Verneinung desselben.

Aus der Tatsache, daß die Rechtsordnung bestimmte Geschäfte schützt und zu Rechtsgeschäften erhebt, ist gefolgert worden, daß sie es ist, welche durch ihre schaffende Kraft Rechtsgeschäfte entstehen läßt.[2]) Dieser Schluß ist nicht richtig, wie sich schon aus der einfachen Überlegung ergibt, daß lange, bevor die Rechtsordnung daran gehen konnte, die Erscheinungen des Verkehrslebens zu regeln, diese vorhanden waren und sich nach einheitlichen Grundsätzen abwickelten. „Das Recht erzeugt nicht", wie Endemann a. a. O. S. 73

---

[2]) So Schloßmann, Vertrag; Lothmar, Kohler, v. Bechmann. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten: Dernburg, Pand. I S. 211: „Das Rechtsgeschäft dient der privatrechtlichen Selbstbestimmung"; Windscheid, Pand. I § 69: „Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung"; Sohm, Inst. S. 201; Bekker, Pand. II § 99.

bemerkt, „die Gebilde des Verkehrs, sondern leitet nur die Willensbestimmung in gewisse Bahnen."

Eine weitere Überlegung macht den Satz von der schaffenden Kraft der Rechtsordnung noch unhaltbarer: Wäre es nur die Sanktion, die eine Willenserklärung zu einem Rechtsgeschäfte macht, so brauchte die Rechtsordnung keine Verbote; es genügte, wenn sie dem von ihr nicht gewollten Parteiwillen einfach keine Sanktion zuteil werden ließ.[3])

Die hier aufgerollte Streitfrage ist für das moderne Recht übrigens gegenstandslos geworden durch die Stellungnahme der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch; dieselben nennen Rechtsgeschäfte solche Handlungen, deren Folgen eintreten, weil sie gewollt sind.[4])

Mit dieser Definition heben die Motive die Rechtsgeschäfte aus der Masse von Rechtshandlungen heraus, die zwar auch einen rechtlichen Erfolg, aber keinen gewollten Erfolg äußern, wie z. B. alle Delikte, die Besitzerwerbshandlung u. a.

Wir haben es in vorliegender Arbeit nur mit Rechtsgeschäften zu tun und wollen dieselben gleich eingangs im Anschlusse an das oben Dargelegte als rechtlich geschützten Parteiwillen charakterisieren.

Da nun, wie wir gesehen haben, das Verbot sich gegen die Freiheit des Parteiwillens richtet, der Parteiwille aber es ist, der die Rechtsgeschäfte schafft, so ergibt sich, daß zivilrechtliche Verbote sich nur gegen Rechtsgeschäfte richten können, d. h. gegen solche Geschäfte, welche den

---

[3]) vgl. Endemann a. a. O. S. 72.

[4]) Ähnlich Endemann a. a. O. S. 73: Gerade die Parteiwillenserklärung ist es, welche auf dem Gebiete des Privatrechts obenan steht. Crome, Bürgerl. R. I S. 342 drückt es negativ aus: Die Rechtsordnung zeigt die Schranken, über die der Parteiwille nicht hinausgehen darf.

allgemeinen Rechtsgrundsätzen nach rechtliche Folgen nach sich ziehen müßten.[5]) Ist eine Willenserklärung rechtlich nicht relevant, wie z. B. diejenige eines Kindes oder eines Geisteskranken, so existiert sie für das Recht nicht, braucht daher auch nicht eigens verboten zu werden. Nur wenn ein Wille rechtlich beachtet werden müßte, seines Inhalts wegen aber des Rechtsschutzes nicht würdig ist, sei es aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der Sittlichkeit oder der Verkehrssicherheit, nur dann greift das Verbot ein, entkleidet ihn des rechtlichen Charakters und drückt ihm den Stempel der Rechtswidrigkeit auf. Das ist Zweck und Aufgabe des Verbotes.

Die Mittel, die der Rechtsordnung hierzu zu Gebote stehen, sind verschiedene: teils droht es bei Zuwiderhandeln Strafe an, teils erklärt es solche Geschäfte für unwirksam; oft auch finden wir Strafe und Unwirksamkeit verbunden. Die Stärke der Negierung richtet sich dabei nach dem Interesse, das die Rechtsordnung an der Nichtvornahme des Geschäftes hat. Die stärkste zivilrechtliche Wirkung, die ein Rechtsgeschäft treffen kann, ist die Unwirksamkeit in ihren verschiedenen Abstufungen; denn diese richtet sich gegen das Geschäft selbst und vernichtet es, während die Strafe sich nur gegen die Kontrahenten richtet.

Bemerkt sei gleich hier, daß sowohl hier wie im weiteren Verlauf der Arbeit das Wort „Unwirksamkeit“ als Oberbegriff für „Nichtigkeit“, „Anfechtbarkeit“ usw., also in dem Savigny-

---

[5]) Sehr klar hat Sintenis, Zivilrecht I S. 212 diesen Satz ausgedrückt: Die — zu verbietende — Handlung darf dem Rechte in Zweck und Mitteln nicht fremd, d. h. dieser wie jener müssen von der Rechtsordnung im allgemeinen anerkannt sein.

schen Sinne von Ungültigkeit gebraucht wird.[6]) Savigny gibt in seinem „System des römischen Rechts“ Bd. 4 § 202 folgende Begriffsbestimmung der Ungültigkeit und ihrer Abarten: „Bei der Ungültigkeit sind drei Gegensätze bemerkenswert, deren genaue Unterscheidung um so notwendiger ist, als sie bei neueren Schriftstellern verwechselt zu werden pflegt. Die Ungültigkeit kann nämlich sein:

1. vollständig oder unvollständig;
2. entschieden oder unentschieden;
3. gleichzeitig oder ungleichzeitig mit derjenigen Tatsache, die in ihrer Wirksamkeit gehemmt werden soll.

„Vollständig nenne ich diejenige Ungültigkeit, welche in einer reinen Verneinung der Wirksamkeit besteht, also an Kraft und Umfang der Tatsache selbst, worauf sie sich verneinend bezieht, völlig gleich steht. Der anerkannte Kunstausdruck für diesen Fall ist Nichtigkeit.“

„Die unvollständige Ungültigkeit ist ihrer Natur nach höchst mannigfaltig, da sie in den verschiedensten Arten und Graden der Gegenwirkung gegen eine juristische Tatsache denkbar ist. Sie kommt vor in Gestalt einer Klage, einer exceptio, einer Obligation auf neue juristische Handlung von einem, der früheren Tatsache entgegengesetzten Erfolg; ferner durch den Antrag auf Restitution oder auf bonorum possessio contra tabulas. Ich bezeichne diese höchst mannigfaltigen Fälle mit dem gemeinsamen Namen der Anfechtbarkeit.“

---

[6]) Terminologie des BGB. vgl. unten S. 32 ff. Im übrigen vgl. Dernburg, Pand. I S. 214; Cosack I § 53; Endemann, Bürgerl. R. I §§ 74 und 75; Dernburg, Bürgerl. R. I §§ 115 ff.; Crome, Bürgerl. R. I §§ 80, 81; Savigny, System IV § 202; Windscheid, Pand. I § 82.

„Anstatt daß die Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses in der bloßen Verneinung desselben bestand, müssen wir in der Anfechtbarkeit stets ein eigenes, neues, entgegenwirkendes Recht einer anderen Person erkennen.“ —

Der Überlieferung nach haben wir schon für das ältere römische Recht drei Abstufungen von Verbotssanktionen, welche drei Arten von Verbotsgesetzen bedingen, zu unterscheiden: leges imperfectae, leges minus quam perfectae und leges perfectae.

Huschke definiert die ersteren in seiner „Jurisprudentia anteiustineana“ S. 454 folgendermaßen:

Imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecit.

Wir haben es in den Fällen einer lex imperfecta also überhaupt nicht mit zwingenden, sondern mit instruktionellen Vorschriften zu tun, die etwa den „Sollvorschriften“ unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechen.

Das bekannteste Beispiel für diese Gruppe altrömischer Verbotsgesetze ist die lex Cincia de donationibus, durch welche übermäßige Schenkungen verboten wurden, ohne daß bei Zuwiderhandlungen ein rescindere eintrat.

Später freilich wurde diesem Verbot eine Sanktion praktisch dadurch zuteil, daß der Prätor dem Beklagten, welcher eine übermäßige Schenkung versprochen hatte, die exceptio legis Cinciae, ferner dem Spender ein klagbares Rückforderungsrecht auf den Teil gab, der das Verbot überstieg. „Damit ist“, wie Endemann a. a. O. S. 12 sich ausdrückt, „das Gesetzesverbot zu einem vollkommenen gestaltet; die Reszission der unerlaubten Handlung ist anerkannt, so daß die lex Cincia nun nicht mehr unter die Definiton der lex imperfecta

fällt.“ [7]) Die zweite Gruppe römischer Verbotsgesetze bilden die „leges minus quam perfectae“.

Ulpian definiert dieselben frgm. princ. § 2 als leges, „quae vetant aliquid fieri, et si factum sit, non rescindunt **sed** poenam iniungunt ei, qui contra legem fecit.

Auch hier also wieder übt das Verbot eine zivilrechtliche Wirkung überhaupt nicht aus, wir haben es mit reinen Strafnormen zu tun, wie wir sie auch in unserm heutigen Recht finden; vgl. z. B. die Bestimmungen über einen Kaufvertrag unter Verletzung der Sonntagsruhe.[8])

Ein römischrechtliches Beispiel für diese Strafverbote ist die lex furia testamentaria,[9]) welche das Maximum eines Legates auf 1000 Asse festsetzte: „. . . qui plus reperit, quadrupli poenam constituit.“

Die letzte wichtigste Klasse schließlich ist die der „leges perfectae“, der „vollwirksamen Verbote“.

Eine quellenmäßige Begriffsbestimmung für dieselben haben wir nicht, sie sind als logisches Gegenstück zu den beiden obenerwähnten Arten, deren Charakteristikum das non rescindere ist, rekonstruiert als „leges, quae vetant aliquid fieri, et si factum sit, rescindunt“.[10])

---

[7]) Weitere Beispiele sind l. 1 § 5 D. 49, 4, nach welcher bedingte Urteile verboten waren: Sane quidem non est sub condicione sententia dicenda; sed si fuerit dicta, quid fiet? et est utile statim tempora ad appellandum computari debere; vgl. ferner l. 8 § 2 D. 3, 3 mit l. 7 Cod. 2, 12: Soldaten mit Ausnahme der Veterani dürfen keine Prozeßvertretung übernehmen.

[8]) vgl. unten S. 41 Anm. 45.

[9]) Später derogiert durch die lex Falcidia.

[10]) Thon, der in seiner Abhandlung „Rechtsnorm u. subj. Recht“ alle Verbote in Imperative auflöst, charakterisiert den zivilrechtlichen Inhalt der leges perfectae treffend mit den Worten: „Du kannst nicht“.

Gewöhnlich lautet nun die Übersetzung dieses Satzes folgendermaßen: Eine lex perfecta ist ein Verbotsgesetz, welches bei Zuwiderhandeln Nichtigkeit nach sich zieht.

So z. B. Glück, Komm. I S. 56: „Eine lex perfecta war ein Gesetz, welches etwas verbot, so daß die gegen das Verbot unternommene Handlung für nichtig gehalten werden sollte."

Ähnlich Puchta, Pand. I § 67 Anm. b und Inst. I § 74: „Wenn ein Gesetz eine Sanktion hat, durch welche der Akt, der gegen das Gesetz geschieht, nichtig ist, so heißt es lex perfecta."

Auch Savigny sagt in seinem „System" IV S. 550: „Nichtigkeit eines Geschäftes ist die Bedeutung einer lex perfecta."

Alle diese Übersetzungen sind zu eng gefaßt und erschöpfen den Begriff, den das Wort „rescindere" in sich trägt, in keiner Weise. Wäre das Wort nur im Sinne unserer heutigen „Nichtigkeit" gebraucht worden, so müßte man entweder für alle diejenigen leges, welche nur Anfechtbarkeit nach sich zogen, eine neue Gruppe von Verbotsgesetzen aufstellen, oder aber man müßte, wenn dies nicht geschieht, den Begriff der Anfechtbarkeit für das römische Recht überhaupt verneinen.

Ersteres ist nicht geschehen, letzteres ist im Hinblicke auf die vielen verschiedenen Arten von Rechtsmitteln, die das römische Recht in seinen Exzeptionen, in der restitutio in integrum usw. kannte, unmöglich.

Allein Savigny[11]) hat, soviel wir gefunden haben, indem er die Lücke in seiner Einteilung der Verbote wohl

[11]) vgl. Savigny, System S. 551 f.

fühlte, zwischen die leges minus quam perfectae und die leges perfectae eine weitere Gruppe, die er nicht benennt, eingeschoben und zu dieser alle diejenigen leges gerechnet, welche nur „unvollständige Gültigkeit", besonders in der Form der exceptio, nach sich zogen.

Aber auch die Terminologie der römischen Juristen muß zu dem Schluß führen, daß rescindere nicht identisch mit „nichtig machen" ist. Es wird, wie viele andere Ausdrücke in den Quellen, wie z. B non valet, irritum, inutile est, unterschiedslos gebraucht, einmal um Nichtigkeit, ein andermal, um unvollständige Ungültigkeit zum Ausdruck zu bringen.

So bedeutet es z. B. in l. 64 § 1 D. 35, 1[12]) die absolute Negation, während es in l. 6 § 1 D. 37, 1[13]) diese Bedeutung keineswegs hat.

Es folgt aus diesen Überlegungen die Notwendigkeit, rescindere weiter zu fassen und es mit unserem heutigen Begriff von Unwirksamkeit oder Ungültigkeit zu deintifizieren, wie es in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin auch geschehen ist. So hat z. B. Dernburg, welcher in der Ausgabe von 1884 seiner Pandekten (§ 31)

---

[12]) . . . interpretandum, ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum.

[13]) . . . propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. Weitere Beispiele hierfür siehe Endemann a. a. O. S. 15 u. 16 Anm.; vgl. auch Sintenis, ZivR. I § 24 Anm. 1: „Die Nichtigkeit wird in der Sprache der Quellen mit sehr mannigfaltigen Ausdrücken bezeichnet, die jedoch mit Ausnahme der mit ipso iure verbundenen keineswegs immer diese Bedeutung haben, sondern auch für die Anfechtbarkeit durch Klage und Einrede und Restitution gebraucht werden, wie z. B. nullius momenti esse, irritum esse, ipso iure non valere; auch Savigny weist in seinem System d. römisch. R. IV § 202 auf den „schwankenden Sprachgebrauch" hin.

leges perfectae als Verbote definiert, „welche die Übertretung des Gesetzes für nichtig erklären", diese Definition in den neueren Auflagen erweitert und sagt jetzt: „Die leges perf. erklären die Übertretung des Gesetzes für nichtig, bezw. für ungültig.

Auf Grund der obigen Darlegungen wollen wir die Wendung: „lex perfecta rescindit" durch die Worte: „Die Folge eines vollwirksamen Verbotes ist Unwirksamkeit" verdeutschen. Aus diesem Satze ergibt sich sodann, daß Nichtigkeis schon im altrömischen Rechte nicht begrifflich notwendige Folge eines Verbotes war. Welche Verbote Nichtigkeit zur Folge haben, welche dagegen andere Grade der Unwirksamkeit nach sich ziehen, das ergibt sich regelmäßig aus dem Verbotszweck.

Verfehlt ist die Annahme, daß die Ungültigkeit des alten Zivilrechts gleichbedeutend mit Nichtigkeit, die des prätorischen Rechtes dagegen gleichbedeutend mit Anfechtbarkeit gewesen sei.

In materiellen Sinne hat ein solcher Gegensatz, wie Endemann a. a. O. S. 16 ff. ausführt, jedenfalls nicht bestanden.

Richtig ist, daß das alte Zivilrecht eine Verteidigung gegen einen Anspruch nur in Form der negatio kannte. Doch gestattete die Art der Fragestellung in der intentio Verteidigungsmittel, welche nicht notwendigerweise auf der Nichtigkeit des geltend gemachten Anspruchs basieren mußten. Die Intentio ging nämlich auf ein „dare oportere", d. h. der Beklagte wurde nicht gefragt, ob er vom Kläger 1000 Asses erhalten habe, sondern, ob er dieselben schuldig sei. Diese Frage ermöglichte es ihm, das dare oportere zu verneinen und diese negatio mit einer Zahlung oder einem Erlaß zu

begründen. Dies ist aber eine Art von Verteidigung, welche nicht auf dem Nichtvorhandensein des Klaganspruchs, sondern auf der Behauptung eines selbständigen Rechtes beruht, d. h. eine Verteidigung mit Hilfe einer exceptio.[14])

Andererseits kannte das ius honorarium in seinen exceptiones nicht nur Anfechtbarkeit, sondern auch Nichtigkeit. So sagt z. B. l. 112 D. 50, 17: Nihil interest ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.

Ferner l. 7 § 16 D. de pactis 2, 14: . . . et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.[15])

Diese Beispiele mögen genügen, um den Satz, daß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sich nicht mit dem Gegensatz zwischen ius civile und ius honorarium deckten, zu beweisen. Materiell ist ein solcher Gegensatz nicht vorhanden gewesen, vielmehr war die Trennung rein prozessualer, also formeller Natur.

Dieser Ansicht scheint auch Dernburg zu sein, wenn er sagt Pand. I S. 282: „Im einzelnen selbst mag die historische Entwicklung des römischen Rechtes die Grenzen zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in zufälliger Weise bestimmt haben, der Gegensatz selbst ist in der Sache begründet."

---

[14]) vgl. die Savignysche Definition der exceptiones „System" V S. 160; außerdem Jhering, Geist d. römisch. R. III S. 56 ff., 105, 126. Das alte Recht hat an Stelle der exceptiones etwas anderes besessen, mit dem es ganz dasselbe ausgerichtet hat, wie das neuere mit seinen Exzeptionen.

[15]) Obligationen, welche auf Grund einer exceptio ungültig waren, „werden als inanes obligationes, als nicht vorhanden angesehen"; so Savigny, Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft IV S. 24. — Ehen das „Nichtvorhandensein rechtlicher Folgen ist Nichtigkeit".

Der Vollständigkeit halber sei schließlich noch erwähnt, daß einzelne Autoren, so z. B. Thon in seiner oben zitierten Abhandlung, neben den oben besprochenen Verbotsarten eine vierte Gruppe, die der leges plus quam perfectae, aufstellen und sie als Verbotsgesetze definieren, quae vetant aliquid fieri, et si factum sit, rescindunt et poenam iniungunt ei, qui contra legem fecit.

Daß die Römer eine solche Kategorie für diejenigen Verbote, welche Unwirksamkeit und Strafe nach sich zogen, hatten, ist nirgends belegt und logisch jedenfalls nicht notwendig. Mit der Unwirksamkeit ist ein Geschäft zur Genüge getroffen: eine daneben eventuell festgesetzte Strafe erscheint für das Rechtsgeschäft selbst demzufolge nebensächlich, denn dieselbe hat es nur mit den Kontrahenten zu tun. Im übrigen steht nichts im Wege, beim Zusammenflusse von Nichtigkeit bezw. Unwirksamkeit und Strafe die quellenmäßig festgelegten Kategorien zu verwenden und zu sagen: in diesen Fällen vereinigen sich die Begriffsmerkmale einer lex perfecta mit denen einer lex minus quam perfecta. Eine Gruppe braucht die andere nicht auszuschließen.

Demgemäß wird die Kategorie der leges plus quam perfecta von der herrschenden Meinung nicht anerkannt. Glück, Puchta, Savigny, Vangerow erwähnen sie ebensowenig wie Dernburg. Endemann a. a. O. S. 22 sagt: „Zu einer derartigen Scheidung liegt weder nach den Quellen, noch aus inneren Gründen irgend eine Veranlassung vor."

Als Ergebnis des bisher Dargelegten wollen wir zwei Sätze festlegen, die auch für den weiteren Verlauf der Arbeit von Bedeutung sind:

1. Nichtigkeit war nicht die begrifflich notwendige Folge eines Verbotes.

2. Bedroht das Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit Strafe, so darf aus dieser Strafandrohung keine Folgerung auf den zivilrechtlichen Bestand des trotzdem vorgenommenen Rechtsgeschäftes gezogen werden, d. h. ebensowenig wie lex perfecta und Nichtigkeit untrennbare Begriffe sind, ebensowenig fallen nach römischem Zivilrecht Strafverbot und Nichtigkeit zusammen.

Wir verlassen hiermit das ältere römische Recht, das für uns nurmehr historische Bedeutung hat, um uns dem Rechte Justinians zuzuwenden, das für das Thema insofern wichtiger ist, als es seinen Einfluß bis in unsere Tage hinein geäußert hat.

Im corpus iuris finden wir die oben besprochene Dreiteilung der Verbote nicht mehr, sondern einheitliche, bestimmte Normen für alle Verbotsgesetze; dieselben sind enthalten in l. 6 C. de pactis 2, 3 und l. 5 C. de legibus 1, 14.

l. 6 C. 2, 3 besagt: Pacta, quae contra leges, constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris est.

Die Bedeutung dieser Stelle ist streitig. Während das Reichsgericht sich konstant auf die Bestimmungen dieser l. 6 berufen und Geschäfte, welche gegen ein Verbotsgesetz verstoßen, für absolut nichtig erklärt hat,[16]) hat die Theorie

[16]) vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 5 S. 124 ff. Dortselbst ist ein Kaufvertrag, der Lose einer verbotenen Lotterie zum Gegenstande hat, auf Grund der oben zitierten Kodexstellen für nichtig erklärt. Ferner Entsch. d. RG. in Bd. 18 S. 242: „Es kann für das Gebiet des gemeinen Rechtes nach l. 5 C. 1, 14 u. l. 6 C. 2, 3 nicht zweifelhaft sein, daß ein Spielvertrag, welcher gegen die in dem fraglichen Strafgesetze enthaltene Verbotsnorm verstößt, nichtig ist. Daher sei auch ein zum Zweck des Spiels in einer vorbotenen Lotterie geschlossener Gesellschaftsvertrag nichtig.

den in der erwähnten Kodexstelle enthaltenen Satz als allgemeinenverbindlichen Rechtssatz mit wenigen Ausnahmen nicht anerkennen wollen.

Zu den Ausnahmen gehört Glück; derselbe kommt in seinem Komm. I § 14 S. 102 ff., nachdem er verschiedene Ansichten referiert hat, zu dem Schluß, „daß man am sichersten gehe, wenn man die Zulässigkeit der Entsagung von diesem Gesetze in der Regel verneine und nur insofern Ausnahmen anerkenne, als das Recht selbst solche in einzelnen Fällen bestätigt hätte.

Diese Auffassung, die in der in l. 6 C. 2, 3 ein Gesetz erblickt, ist jedoch ziemlich vereinzelt; die größere Mehrzahl der Autoren sieht nicht mehr in ihr als eine Formel oder eine Rechtsregel.

So z. B. Sintenis, Zivilrecht I § 24: Die wichtigere Seite dieser Formel ist die positive; es muß nämlich alles das geschehen und befolgt werden, was das Recht für die Existenz der Rechtsverhältnisse und ihrer Begriffe erfordert, wenn ein Geschäft die beabsichtigte Wirkung überhaupt haben soll. Dieser allgemeine Satz, dessen Anwendung großer Vorsicht bedarf usw.

Ebenso läßt Dernburg[17]) der erwähnten Kodexstelle nur beschränkte Bedeutung zuteil werden und begründet sie mit l. 7 § 7 D. 1, 14: „ait praetor: pacta, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus eorum fiat, facta erunt, servabo.“

Auch Dernburg also hebt wie Sintenis nur die positive Seite hervor.

---

[17]) vgl. Dernburg, Pand. § 31 Anm. 9.

Endemann sucht die Gesetzeskraft der l. 6 C. 2, 3 a. a. O. S. 24 folgendermaßen zu entkräften: Die Worte „indubitati iuris est", beweisen, daß es sich nicht um Aufstellung eines neuen Rechtssatzes handele; sie hätten vielmehr nur den Sinn: „Verabredungen, die den ausdrücklichen Vorschriften der Gesetze nicht entsprechen, sind bekanntlich unwirksam." — „Richtig ist, daß zumeist ein gesetzwidriges Tun ungültig ist; mehr ist dort nicht gesagt."

Bevor wir auf eine Kritik der l. 6 C. 2, 3 eingehen, wollen wir zunächst den Wortlaut und die Geschichte der Constitutio Theodosiana, die mit der l. 6 C. 2, 3 eng verwandt und wohl noch von größerer Bedeutung ist als diese, prüfen.

Diese Constitutio, von Theodosius II. im Jahre 439 p. Chr. erlassen, ist als l. 5 C. 1, 14 von Justinian in das corpus iuris aufgenommen worden und lautet folgendermaßen:

„Non dubium est, in lege committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas legibus insertas evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum, inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed etiam pro infectis habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere, quod factum est, sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob

id quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.

Secundum praedictam igitur regulam, quam ubique servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem eiusmodi tenere, nec mandatum esse ullius momenti, nec sacramentum admitti."

Ebenso wie über die Auslegung der l. 6 C. 23 herrschte auch über die Bedeutung und Tragweite dieser Stelle lebhafter Streit. Auch hier wieder treten sich Theorie und Praxis scharf gegenüber.[18])

Schon die Glossatoren erkannten, daß der Text, wenn er überhaupt verbindlich sein konnte, sehr restriktiv zu interpretieren sei.

Maßgebend und von der Glosse angenommen wurde zuerst die Ansicht Azzos: „si velit quis evitare omnes istas oppositiones, dicat: legem istam ‚non dubium' habere locum tantum in eo casu, quando lex simpliciter prohibet, nec ultra progrediatur. Sin autem progrediatur, servabitur illa specialis cassatio et speciale statutum, non hoc generale."[19])

Die Postglossatoren, unter ihnen besonders Bartolus und Baldus, schließen sich dieser Ansicht im großen und ganzen an; ebenso die französische Schule des 16. Jahrhunderts.

Das kanonische Recht hat die Constitutio Theodosiana

[18]) Eine sehr klare Übersicht des Streitstandes in den einzelnen Rechtsschulen gibt Endemann a. a. O. S. 41—63. Ich habe im Texte das Wichtigste aus dieser Darlegung entnommen.

[19]) Also schon hier tritt uns zum ersten Male der Satz entgegen: Nichtigkeit . . ., „wenn sich nicht aus dem Gesetze ein anderes ergibt."

ebenfalls aufgenommen und an zwei Stellen zum Ausdruck gebracht:

1. de regulis iuris in VI° reg. 64: Quae contra ius fiunt, debent utique pro infectis haberi.

2. decret. causa 25 qu. 2 capt. 13: (Unter direkter Bezugnahme auf die Contitutio Theodosiana) Imperiali constitutione aperte sancitum est, ut ea, quae contra leges fiunt, non solum inutilia, sed etiam pro infectis habenda.

Diese Bestimmungen riefen nicht nur den Widerspruch der Kanonisten hervor, sondern waren auch mit anderen Stellen des corpus iuris canonici unvereinbar.

Die Theorie ging sehr bald dahin, daß die zitierten Bestimmungen nur dann Anwendung finden könnten, si ius prohibet et addit, quod si contra prohibitionem fiat, non valeat.

Besondere Auslegungsregeln stellte Sylvester auf: Rechtshandlungen seien gültig

1. si causa prohibitionis est temporalis et non perpetua,

2. quando prohibitio concernit principaliter favorem alicuius.

Dieser „Summa Sylvestrina" schließen sich fast sämtliche späteren Kanonisten an.

Auch in der Praxis des täglichen Lebens wurden einzelne kanonische Verbote nicht so streng gehandhabt, wie es nach dem Wortlaute der oben zitierten Stellen hätte der Fall sein müssen. Es sei hier nur an das Zinsverbot erinnert, das offiziell bis 1654 in Deutschland in Geltung war. Man half sich mit Renten- oder Gültenkauf, in Italien trat die Kommanditgesellschaft ins Leben: zwei wichtige Rechtsgebilde, die einem, freilich stillschweigend geduldeten, agere in fraudem legis ihre Entstehung verdanken.

Auch die Ehescheidung, die nach kanonischem Recht (das die Ehe als Sakrament ansieht) begrifflich unmöglich und daher verboten ist, hat man tatsächlich durch die separatio perpetua und rechtlich durch die Nichtigkeitserklärung immer zu realisieren verstanden:

Beweise, daß auch in der Praxis nicht alles pro infectis habebatur, was einem Verbotsgesetz zuwiderlief.

Am weitesten ging indes in der Einschränkung der lex non dubium die holländische Schule des 17. Jahrhunderts.

Hier ist es vor allen Hugo Grotius, welcher die Rechtsverbindlichkeit der Constitutio Theodosiana direkt verneint. Indem er zuerst den Satz aufstellt, daß sich die Nichtigkeit aus Begriff und Wesen eines Verbotes überhaupt nicht folgern ließe, kommt er zu dem Schluß, daß, wenn Theodosius dies verordnet habe, es eine lex sei, quam alii populi sequi necesse non habent.

Ähnlich Johann Voet; dieser stützt seinen Beweis hauptsächlich darauf, daß Justinian selbst eine Reihe von Verboten bestehen ließ und dadurch sanktionierte, welche immer nur Anfechtbarkeit zur Folge hatten: so z. B. das S. C. Vellejanum und S. C. Macedonianum.

Grotius und Voet kommen schließlich zu dem Schluß, daß die Folge der Nichtigkeit immer nur dann eintreten dürfe, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.

Diese Theorie fand auch unter den deutschen Juristen Anhänger. Pütter spricht sich in seiner theoria de nullitate dahin aus, daß nichtig sei „quod lege expressa nullum declaratum sit".

In der späteren gemeinrechtlichen Doktrin macht sich dann unter einigen Autoren die Tendenz geltend, die lex non dubium ganz anzuerkennen.

Auf diesem Standpunkte steht Puchta, Pand. I § 67: Wo der Grund der Ungültigkeit ein gesetzliches Verbot ist, nehmen die älteren Römer Nichtigkeit nur dann an, wenn diese Folge im Gesetze bestimmt ausgesprochen war (lex perfecta). Nach neuerem Recht ist dies nicht mehr nötig: l. 5 C. 1, 14. Dieselbe Folge wie die Gebotsverletzung hat die Verbotsumgehung: l, 29 D. 1, 3: Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis legis verbis sententiam legis circumvenit.

Einer längeren Abhandlung unterzieht die l. 5 C. 1, 14 Glück in seinem Kommentar I §§ 14 ff. Er verwirft in dieser die von den früheren Schulen aufgestellten Regeln vollkommen und tritt selbst für die unbedingte Anwendung der lex non dubium ein: „Wie deutlich nun diese Gesetze — lex non dubium und Reg. 64 in VI° c. i. c. — reden, so sehr muß man sich wundern, wenn dennoch die Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber so verschieden sind."

„Noch zweierlei ist hier" — bei der bedingungslosen Anwendung der lex non dubium — „jedoch zu bemerken" fährt er dann fort — und dann bringt er so viele Ausnahmen zu „obiger unzweifelhaften Regel", daß diese schließlich selbst eine Ausnahme erscheint.

Die neuere gemeinrechtliche Lehre[20]) hat sich wieder gegen die absolute Anwendung der Constitutio Theodosiana gewandt.

Nach Dernburg ist sie weiter nichts, als eine allgemeine Auslegungsregel für römische Verbotsgesetze.

---

[20]) vgl. Dernburg, Pand. I S. 69; ferner BGB. § 123; Sintenis, Zivilrecht § 24; Endemann a. a. O. S. 29—41.

Ein weiterer Gegenstand des Streites seit der Zeit der Glossatoren bis zur modernen gemeinrechtlichen Doktrin, war die Frage, wie ein Verbot zu behandeln sei, auf dessen Übertretung Strafe gesetzt sei, ob auch hier in Anwendung der l. 5 C. 1, 14 Nichtigkeit eintreten müsse. Von der herrschenden Meinung wurde die Folge der Nichtigkeit, als begrifflich notwendige, verneint. Allerdings machen sich auch hier wieder Gegenströmungen bemerkbar. So besonders wieder in den Ausführungen von Glück, welcher der Ansicht ist, daß neben ein Strafverbot auch immer die zivilrechliche Folge der Nichtigkeit treten müsse: „Anderenfalls schlösse das Gesetz mit dem Verbrecher einen Vertrag, nach welchem er gegen Hinnahme der Strafe die verbotene Handlung vornehmen dürfe."

Andere Autoren, wie Sintenis, Zivilrecht I § 24 nehmen vermittelnde Stellungen ein: „Es ist stets zu untersuchen, ob die Handlung auch wirklich nichtig ist."

Auch Windscheid, Pand. I S. 276 ist der Ansicht, daß diese Frage allgemein nicht bejaht werde dürfe.

Glücks Anschauung ist im Hinblicke auf eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen, welche bei einem Strafverbot keine Nichtigkeit eintreten lassen, unhaltbar. So bleibt eine Ehe, welche eine Witwe vor Ablauf der zehnmonatlichen Frist eingeht, trotz der als Strafe eintretenden Infamie bestehen.

Maßgebend ist für die Nichtigkeit nicht die Strafe, sondern der Verbotsgrund.[21]) Die theoretischen Auslegungsversuche der lex non dubium haben, wie sich aus den obigen Darlegungen ergibt, ein einheitliches Resultat nicht gezeitigt.

[21]) Da uns die Frage, inwieweit Strafverbot und Nichtigkeit sich berühren, im modernen Recht noch einmal entgegentritt, so sei hier auf die diesbezügl. Ausführungen dortselbst verwiesen, vgl. S. 39 ff.

Ganz anders, wie schon erwähnt, die Praxis. Hier finden wir einheitliche, durchgreifende Grundsätze, welche zum Ausdruck kommen in dem Satze: Jedes Verbotsgesetz ist eine lex perfecta, d. h. jeder Verstoß hat die Nichtigkeit der vorgenommenen Handlung zur Folge. So die schon erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen und das preuß. Obertribunal.[22])

Eine einheitliche Beantwortung der Frage, welche Bedeutung der lex dubium für das gemeine Recht zuzusprechen ist, läßt sich unseres Erachtens nur auf zweierlei Weise erzielen: Entweder man stellt sich auf den Standpunkt, die lex non dubium sei ein Gesetz — eine Annahme, die zu den haltlosesten Konsequenzen führen würde — und erkennt ihre Rechtskraft sodann ohne Einschränkung für alle Verbote an; oder aber, man sieht in ihren Bestimmungen Rechtsregeln und bringt dieselben nur dann zur Anwendung, wenn sich aus den speziellen Verboten nicht ein anderes ergibt.

Die Berechtigung des einen oder des anderen Standpunktes hängt ab von der Beantwortung der Fragen: Welche Bedeutung konnte der lex non dubium unter den von Justinian kodifizierten Gesetzen zukommen, welche Bedeutung hatte das eindringende römische Recht für die rechtlichen Verhältnisse Deutschlands.

Nach den Begriffsbestimmungen, die Justinian selbst gegeben hat, müssen wir die Constitutio Theodosiana als ein Edikt, d. h. als einen Erlaß, der „legis vicem“ besitzt, ansehen. Justinian bestimmt nämlich in l. 3 § 1 C. 1,14:

---

[22]) vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 5 S. 124 ff., ferner Bd. 18 S. 242, Bd. 16 S. 106, Bd. 17 S. 300; Entsch. d. preuß. OTr. v. 1877, abgedr. in Seufferts Arch. Bd. 33 S. 34.

Sed si lex generalis vocata est, vel ad omnes iussa est pertinere, vim obtineat edicti.[23])

Nicht zu übersehen ist ferner, daß der Ausdruck „pro infecto habeatur“ gebraucht worden ist — eine Wendung, welche regelmäßig dazu diente, den stärksten Grad der Unwirksamkeit, nämlich Nichtigkeit zum Ausdruck zu bringen: Zwei Tatsachen, welche die Annahme, es handle sich hier um ein Gesetz, zu rechtfertigen scheinen.

Was nun die Auslegung und Anwendung der im corpus iuris enthaltenen Gesetze betrifft, so traf Justinian auch hierfür Bestimmungen, l. 2 § 21 C. 1, 17: Si quid ambignum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex autoritate Augusta manifestetur, cui solum concessum est, leges et condere et interpretari.

Wir finden nun aber spätere kaiserliche Erlasse über die Anwendung der lex non dubium nirgends; eine Tatsache, welche nur zwei Schlüsse zuläßt: Entweder, sie wurde wörtlich befolgt — oder aber, sie wurde nie ernst genommen. Für die erstere Annahme ist ein Beweis in keiner Weise vorhanden; desto mehr Anhaltspunkte dagegen haben wir für die Richtigkeit unserer zweiten Annahme, daß nämlich weder die lex non dubium noch die l. 6 C. 2, 3 jemals so angewendet wurden, wie es nach ihrem Wortlaut hätte der Fall sein müssen. Diese Beweise liegen in der großen Anzahl von Verbotsgesetzen, welche nur Anfechtbarkeit, oder nur Strafe, oder nur teilweise Nichtigkeit zur Folge hatten.[24])

---

[23]) vgl. hierzu l. 5 C. 1, 14: quod ad omnes etiam legum interpretationes trahi generaliter imperamus.

[24]) So z. B. S. C. Macedonianum l. 7 C. 4, 28 S. C. Vellejanum. — Ein Testament, das gegen die Novelle 115 verstieß, war nur insoweit nichtig. —

Hätten die oben zitierten Gesetze nun die ihnen zugesprochene absolute Wirkung tatsächlich besessen, so hätten alle die anderen Verbote, welche andere Folgen bestimmten, fallen müssen. Aber sie blieben nicht nur bestehen, sondern waren durch die Aufnahme in den Kodex ebenso sanktioniert, durch die oben zitierte l. 2 § 21 C. 1, 17: „Si quid ambiguum" vor Interpretation ebenso geschützt wie die Constitutio Theodosiana und die l. 6 C. 2, 3 auch.

Wir sehen also, daß die Bestimmungen der lex non dubium in dem Sinne, der ihnen später gegeben wurde, tatsächlich niemals gehandhabt worden sind.

Und das ist natürlich; aus dem einfachen Grunde, weil die römischen Juristen, wie wir oben gesehen haben und wie auch allgemein anerkannt ist, feststehende Bezeichnungen für die einzelnen Arten der Unwirksamkeit überhaupt nicht hatten. Es wird deshalb den Kompilatoren auch nicht gerade plötzlich bei der Kodifikation der so viel umstrittenen Stellen eingefallen sein, Ausdrücken, welche durch Jahrhunderte hindurch zur Bezeichnung der verschiedensten Unwirksamkeits-

---

Schenkungen über 500 solidi sind nur nichtig, soweit sie diesen Betrag übersteigen; dasselbe gilt von zu hohen Zinsen. — Schenkungen unter Ehegatten konvaleszieren mit dem Tode des Schenkers l. 32 § 2 D. 24, 1. Die Nichtigkeit eines Verkaufs von Mündelgrundstücken ohne obrigkeitliche Erlaubnis konvaleszierte sogar schon durch Zeitablauf, l. 3 C. si maior factus 5, 74, Daß auch ein Strafverbot keineswegs immer Nichtigkeit bewirkt, ist schon oben erwähnt, vgl. S. 7 u. 20. Ergänzend seien als weiterer Beleg hierfür l. 22 C. 6, 23 u. l. 40 C. 1, 3 angeführt, nach welchen Kleriker und sonstige Beamte, welche nicht dazu berufen sind, nicht bei der Testamentseröffnung mitwirken dürfen; eine Verbotsverletzung äußert trotz der angedrohten Strafe keine zivilrechtlichen Folgen.

grade gedient hatten, diesen Ausdrücken nun den Begriff der späteren gemeinrechtlichen Nichtigkeit beizulegen.

Im Gegenteil; aus der Fülle der Ausdrücke wie: Nullam vim habere, inutilia, pro infectis habeantur, cassum atque inutile est, nullius momenti est, gerade aus diesen verschiedenen Wendungen läßt sich schließen, daß hier nicht nur eine Unterart der Unwirksamkeit, sondern die Unwirksamkeit in all ihren verschiedenen Abarten zum Ausdruck gebracht werden sollte. Daher ist der Ausdruck pro infecto habeatur, der regelmäßig absolute Unwirksamkeit ausdrückt, neben die Wendungen, welche regelmäßig nur Anfechtbarkeit ausdrücken, gesetzt; daher wurden alle diejenigen Gesetze, welche andere Folgen als Nichtigkeit aussprachen, ruhig weiter gehandhabt, ohne daß ein Zweifel auftauchte und ohne daß eine Interpretation „ex Augusta auctoritate“ notwendig wurde. Mit anderen Worten: die römische Rechtswissenschaft sah in all den vom Gesetz gebrauchten Wendungen keine spezialisierten Begriffe, sondern allein den Begriff der Unwirksamkeit, der ihnen vollkommen freie Hand ließ, bald absolute Nichtigkeit, bald nur Anfechtbarkeit eintreten zu lassen, je nachdem sich die eine oder die andere Folge aus dem speziellen Fall oder dem speziellen Gesetz ergab.

Bei dieser Auffassung, aber auch nur bei dieser Auffassung, ist es gerechtfertigt, sowohl in der l. 6 C. 2, 3 als auch in der lex non dubium „leges perfectae“, d. h. Gesetze, und zwar vollwirksame Gesetze zu sehen.

Will man diesen Gesetzen dagegen allgemeinverbindlich als Verbotsfolge die Nichtigkeit beilegen, so muß man allen anderen Gesetzen, welche nur Anfechtbarkeit

usw. nach sich ziehen, ihre Rechtsverbindlichkeit aberkennen: eine unmögliche Konsequenz.

Das hat das Reichsgericht in seinen oben zitierten Urteilen übersehen; und ist, indem es sich auf die l. 5 C. 1, 14 berief und ihr absolute Geltung zusprach, dadurch, daß sie diese absolute Geltung auf Verbote, die eine andere Folge sanktionierten, nie in Anwendung brachte, mit sich selbst in Widerspruch getreten. Tatsächlich hat das Reichsgericht, trotzdem es für die absolute Geltung der l. 5 C. 1, 14 eingetreten ist, Verbotsgesetze, welche eine andere Folge ausdrücklich anerkannten, nie unter dem Gesichtspunkte der lex non dubium beurteilt; es hat also in praxi schon vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches den Satz anerkannt: Nichtigkeit tritt nur ein, wenn sich aus dem Verbote selbst nicht ein anderes ergibt, und diesen Satz neuerdings auch ausdrücklich ausgesprochen; vgl. unten S. 29.

Es steht aber auch andererseits nichts im Wege, die zitierten Stellen als unverbindliche Rechtsregeln anzusehen. Das ist die Meinung von Dernburg, Endemann, Sintenis.

Diese Anschauung wird für die l. 6 C. 2, 3, wie Endemann hervorhebt, durch die Worte: „indubitati iuris est", für die lex non dubium durch die occasio legis gerechtfertigt; diese occasio war nämlich eine sehr spezielle:

Es war den Kurialen verboten, ne ad procurationem rerum alienarum accederent. Dieses Verbot hatten sie dadurch umgangen, daß sie fremde Güter pachteten. Darauf erläßt Theodosius die constitutio. Als allgemeine Regel wird vorangestellt, daß ein Handeln in fraudem legis dem direkten Zuwiderhandeln gleichzustellen sei: „Non dubium est, in lege committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur

voluntatem.“ Auch hier wieder der Ausdruck „bekanntlich“ — non dubium est, indubitati iuris est in l. 6 C. 2, 3 —. Daher: „cernamus, eos pristinae legis laqueis irretiri.“ Um fernere Umgehungen zu vermeiden „sancimus, hac lege perpetuo valitura, curialibus licentiam conducendi quoque amputari, locatas res fisci viribus vindicari. Conductor itaque locatori, vel contra locator conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione.“ Hieran schließt sich dann wieder der nicht speziell gehaltene Satz: Nullum enim pactum . . ., der in den Kodex aufgenommen wurde.

Aus dem Zusammenhange der ursprünglichen Constitutio geht ferner hervor, daß nicht nur die occasio legis eine ganz spezielle war, sondern daß auch die in ihr enthaltenen allgemeinen Bestimmungen keinen anderen Zweck hatten, als jeder ähnlichen, nicht vorhergesehenen, künftigen Gesetzesumgehung seitens der Kurialen jetzt schon mit aller Schärfe entgegenzutreten. Dies ergibt sich aus den Worten: Ne sub fraudis suae velamine legis lateant contemptores, neve eis fucata suae calliditatis excusatio relinquatur. Hieraus, „und aus dem Übereifer, in welchen die spezielle Veranlassung versetzte“, erklärt sich auch, worauf Endemann a. a. O. S. 36 hinweist, „die besonders scharfe und pointierte Ausdrucksweise, welche über den beabsichtigten Zweck in der Wortfassung hinausgeht.“

Die Kompilatoren haben nun, dem Befehle Justinians gehorchend, „alles Beiwerk fortzulassen“, diejenigen Stellen, welche für die Constitutio und ihre zum Teil recht scharfe Sprache die Erklärung gaben, nicht mit aufgenommen und so aus allgemeinen Regeln einen Rechtsgrundsatz gemacht, der für alle Verbote nur eine Sanktion, nämlich die Nichtigkeit, anerkennen sollte.

Indem sie nun aber erklärten, daß jedes verbotswidrige Handeln nichtig sei, ist ihnen etwas recht Fatales passiert, sie selbst verstießen gegen ein Verbot, und zwar gegen ein Verbot, das ihnen, die doch eine legislatorische Tätigkeit ausübten, in erster Linie bekannt sein mußte; es lautet: Non ius ex regula fiat — und hat seine Geltung heute ebenso wie es sie damals hatte.

Das wäre die Sachlage gewesen, wenn die Kompilatoren wirklich die Absicht gehabt hätten, durch die Einreihung der „lex non dubium" in den Kodex ein Gesetz zu schaffen, das die ihm später beigelegte absolute Geltung für alle anderen Verbote hätte haben sollen. Zweifellos ist diese Absicht aber nicht vorhanden gewesen, denn dann hätten wir spätere, einschränkende kaiserliche Erlasse zugunsten der zahlreichen anderen Verbote, welche die Nichtigkeitsfolge nicht aussprachen.

Jedenfalls ging nicht nur die Meinung der Kompilatoren, sondern auch die Handhabung der Praxis dahin, die oben besprochenen Kodexstellen nur dann anzuwenden, wenn das Gesetz nicht ein anderes vorschrieb. Eine absolute Geltung sollten und konnten dieselben nicht haben.

Ist diese Annahme schon für das Recht Justinians gerechtfertigt, so wird sie es noch mehr für das rezipierte Recht, wie sich aus der Geschichte der Rezeption ergibt.

Zwar haben wir theoretisch das römische Recht „in complexu" rezipiert;[25]) praktisch dagegen kam es doch immer erst in letzter Linie in Anwendung und hat diese subsidiäre Bedeutung auch niemals verloren; das wird nicht nur durch den bekannten Satz: „Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht

---

[25]) vgl. Vangerow I § 5; Windscheid, Pand. I § 2 Ziff. 3.

bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht", sondern auch durch zahlreiche deutsche Gesetze und Verordnungen bewiesen. So bestimmte z. B. die Reichshofratsordnung vom Jahre 1654, Tit. 1 § 15: „Es sind in Acht zu nehmen privilegia, gute Ordnung und Gewohnheiten und in Mangel derselben Kayserliche Rechten."

Außerdem, und auch dies ist ein wichtiger Punkt, war unser gemeines Recht kein römisches Recht, sondern, wie Windscheid es ausdrückt: „deutsches Privatrecht, römischen Ursprungs", durchsetzt nicht nur mit deutschen, sondern auch mit kanonischen und italienischen Rechtsgebilden.[26]

Wollte man also die „lex non dubium" und die l. 6 C. 2, 3 in der Bedeutung, die die Zeit ihnen gegeben hatte, nicht fallen lassen, so war das im Hinblick auf die Entwicklung, die das römische Recht sonst bei uns nahm, eine ganz ungerechtfertigte, engherzige Auffassung. Wie sich aus der Geschichte der Rezeption ergibt, haben wir das römische Recht doch nicht übernommen, um es strikte auf unsere, unter ganz anderen Lebensbedingungen großge-

[26] Selbst im corpus iuris finden wir deutsches Recht: die libri feudorum, die Authentica „sacramenta puberum" Friedrichs I., die Authentica „statuimus" Friedrichs II. — Das kanonische Recht ist dem römischen Rechte gegenüber zur Geltung gelangt im Eherecht, teilweise bei der Testamentserrichtung. Das Zinsverbot, der Satz „mala fides superveniens nocet" bei der Ersitzung waren kanonischen Ursprungs. — Auf italienischer Grundlage entwickelten sich unser Konkursrecht und ein beträchtlicher Teil unseres Handelsrechts. Andrerseits fielen schon durch die Glossatoren alle diejenigen römischrechtlichen Bestimmungen, die für uns nicht mehr anwendbar waren, so z. B. über Sklaverei, über Ehescheidung. Die „griechischen Novellen" wurden nur insoweit rezipiert, als es eine versio vulgata gab. — Und — „quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit forum."

wordenen Verhältnisse anzuwenden, sondern um es an diesen fortzubilden und es ihnen anzupassen. Diese Fortbildung, und als solche haben wir, wie Savigny sagt, „schon jede Interpretation anzusehen, die über den Buchstaben des Gesetzes hinaus-gehend, seine ratio zu ergründen sucht," war Aufgabe und Verdienst der Rechtswissenschaft seit der Rezeption bis in die neueste Zeit.

Um so weniger ersichtlich ist deshalb, warum gerade die „lex non dubium" und l. 6 C. 2, 3, wenn man ihnen schon eine so unmögliche Bedeutung beilegte, in der Praxis bis in die neueste Zeit, von jeder Fortbildung ausgeschlossen bleiben sollten, warum gerade sie mit einer fast ängstlichen Scheu vor jeder freien Interpretation gehütet wurden. Unverständlich ist es deshalb auch, daß das Reichsgericht sich, wenigstens in der Theorie, immer wieder auf das starre Wort berief.

Freilich, wie schon oben erwähnt, nur in der Theorie. Denn die praktischen Konsequenzen, nämlich die Verneinung der andern Unwirksamkeitsgrade, hat es nie gezogen, und dadurch in Wirklichkeit die Forderungen der theoretischen Rechtswissenschaft praktisch erfüllt, welche, namentlich nach dem Vorgange Endemanns wieder, die absolute Geltung der erwähnten Kodexstellen nicht anerkennen wollte, sondern sich auf den Standpunkt stellte, daß Nichtigkeit als Folge eines Verbotes nur dann eintreten dürfe, „wenn sich aus dem Gesetze nicht ein anderes ergibt". Dieser allgemein herrschenden Meinung hat sich schließlich auch das Reichsgericht, unter direkter Berufung auf Endemanns Untersuchungen, angeschlossen; freilich nach langem Zögern. In Bd. 58 S. 279 spricht es nämlich aus, daß die l. 5 C. 1, 14 und l. 6 C. 2, 3 „nicht die Annahme rechtfertigen, daß ein jedes Gesetz,

welches eine Handlung verbietet oder unter Strafe stellt, die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäftes zur Folge habe."

Wir gelangen also, wenn wir das Fazit der bisherigen Untersuchungen ziehen, zu dem Ergebnis, daß der oben aufgestellte Satz, der durch § 134 BGB. zu reichsrechtlicher Geltung gelangt ist, schon in der neuesten gemeinrechtlichen Doktrin Anerkennung gefunden hatte.

Das Verdienst, ihn durch eingehende Untersuchungen zum ersten Male wissenschaftlich begründet zu haben, gebührt Endemann.

Allgemeine Anerkennung hat diese Auslegung der Constitutio Theodosiana vor allen Dingen in Seufferts Archiv Bd. 49 Nr. 10 gefunden: Wird auch in der heutigen gemeinrechtlichen Theorie und Praxis, die zivilrechtliche Wirkung verbietender Gesetze betreffend, nicht mehr unter allen Umständen auf Grund des allgemeinen Wortlautes der const. 5 de legibus 1, 14 rechtliche Unwirksamkeit der durch das Gesetz verbotenen Rechtsgeschäfte angenommen, sondern nur dann, wenn solche nach Sinn und Zweck des Gesetzes, als vom Gesetzgeber gewollt, vorauszusetzen ist. . . .

Auch Dernburg[27]) formuliert den Entwicklungsgang, den der § 124 BGB. genommen hat, in ähnlicher Weise: „Wie im gemeinen Rechte und nach älteren Gesetzgebungen gilt nach BGB. § 134 der Grundsatz, daß Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig sind, wenn sich aus dem Gesetze nicht ein anderes ergibt."

---

[27]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. I § 123 I.

II.

Bevor wir auf das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches eingehen, sind der Begriff und die verschiedenen Arten der Unwirksamkeit, welche das moderne Recht kennt, festzulegen.[28])

Ein Rechtsgeschäft ist unwirksam, wenn es die von den Parteien gewollten Folgen überhaupt nicht oder doch nicht in dem beabsichtigten Umfange hervorzubringen imstande ist.

Man unterscheidet danach ungültige und beschränktwirksame Geschäfte.

Ungültige Geschäfte sind solche, bei denen die Rechtsordnung die beabsichtigten Rechtsfolgen nicht eintreten läßt. Und zwar kann die Rechtsordnung den Eintritt der beabsichtigten Rechtsfolgen schlechthin versagen: dann haben wir den Fall der Nichtigkeit.

Oder aber, diese Versagung der Rechtsfolgen tritt erst ein durch die darauf gerichtete Willenserklärung eines hierzu Berechtigten: Dies ist der Fall der Anfechtbarkeit.

Neben den „ungültigen" Geschäften stehen die „beschränkt wirksamen".[29]) Bei diesen letzteren treten die Rechtsfolgen wohl ein, aber nicht in dem gewollten Umfange: Entweder sind sie einzelnen Personen gegenüber nicht vorhanden, dann

---

[28]) vgl. hierzu für das gemeine Recht Savigny, System des röm. R. Bd. 4 §§ 202ff.; für das moderne Recht Dernburg, Pand. I S. 281, Bürgerl. R. I § 115f.; Crome, Bürgerl. R. I § 80; Endemann, Verbotsgesetze, Teil II, Bürgerl. R. I § 75; Cosack, Bürgerl. R. I § 53.

[29]) Eck in Vortrag S. 42 teilt die Unwirksamkeit in völlige und beschränkte; letztere wieder in Anfechtbarkeit, relative und einstweilige Unwirksamkeit.

ist das Geschäft „relativ unwirksam“,[30]) oder aber der Eintritt der Folgen hängt ab von dem Eintritt eines noch fehlenden rechtlichen Gültigkeitsfaktors. Daher nennt man diese Geschäfte „einstweilen unwirksam“, „schwebend“. Hierher gehören alle Geschäfte, welche einer Genehmigung bedürfen.[31]) Nicht dagegen fallen unter den Begriff der einstweilen unwirksamen Geschäfte in dem oben dargelegten Sinne die bedingten Geschäfte; denn bei diesen hängt die Gültigkeit nicht von dem Eintritte rechtlicher Gültigkeitsfaktoren, sondern vom Zufall ab; „nicht das Gesetz hat die Bedingung gestellt, sondern der Parteiwille“.[32])

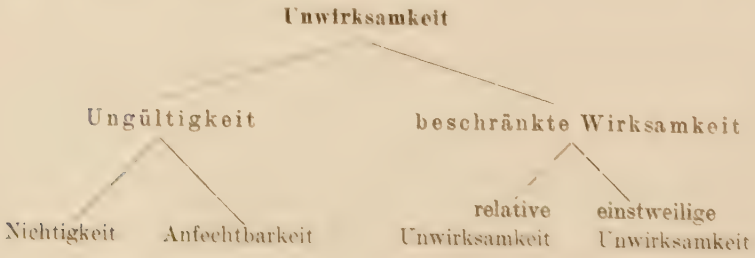
Für Verbotsgesetze kommt in erster Linie die Nichtigkeit, d. h. diejenige Art der Ungültigkeit in Betracht, bei der die Rechtsordnung den Eintritt der beabsichtigten Folgen ipso iure verneint, so daß dieselben von vornherein überhaupt nicht existent werden. Die Mot. I S. 217 drücken dies

---

[30]) Nicht zutreffend ist der Ausdruck „relative Nichtigkeit“ z. B. bei Cosack, Lehrb. I § 53, auch in den älteren Ausgaben von Dernburgs Pand.; Endemann, Bürgerl. R. I § 74 bemerkt hierzu: „Der Umfang der rechtlichen Herrschaft ist relativ, nicht die Nichtigkeit.“ Ähnlich Crome a. a. O. Anscheinend ebenso nunmehr Dernburg, Bürgerl. R. I § 115.

[31]) vgl. z. B. BGB. §§ 107 ff., 177 ff., 458, 182 ff.

[32]) vgl. Crome a. a. O. Anm. 36. Graphisch dargestellt, würde sich demnach folgendes Bild ergeben:



folgendermaßen aus: „Nichtig im Sinne des Entwurfs ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkung so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen worden wäre.[33])

Aus diesen Begriffsbestimmungen der Nichtigkeit ergeben sich folgende Schlüsse:

1. Da ein nichtiges Rechtsgeschäft für die Rechtsordnung nicht vorhanden ist, kann es auch nach Wegfall der Nichtigkeitsgründe nicht in Wirkung treten.[34]) Daher kann es auch nicht „bestätigt" werden. Jede „Bestätigung" eines nichtigen Rechtsgeschäfts wird vom BGB. § 141 als „erneute Vornahme" beurteilt.[35])

[33]) Dernburg a. a. O. S. 347: „Wird die rechtserzeugende Kraft der Parteierklärungen (durch die Rechtsordnung) absolut verneint, so sind sie nichtig." Endemann a. a. O.: „Nichtigkeit ist die Reaktion der Rechtsordnung gegen die Parteiwillkür." Derselbe, Bürgerl. R. I S. 316: „Das nichtige Rechtsgeschäft ist eine Totgeburt." Diesen Ausdruck beanstandet Dernburg: „Das nichtige Rechtsgeschäft hat tatsächlich seine Stellung im Leben, nur rechtlich besteht es nicht."

Also ist es rechtlich jedenfalls eine Totgeburt, und Endemanns Ausdruck, der anscheinend auch nur in diesem Sinne getan ist, berechtigt. Daß sich an ein nichtiges Rechtsgeschäft oft andere Folgen, wie Strafe oder Schadensersatz knüpfen, hat mit der Beurteilung der Nichtigkeit als solcher nichts zu tun; denn es sind diese Folgen keine gewollten Folgen, nicht aus dem Rechtsgeschäft, sondern aus der Rechtshandlung resultierend. — Vgl. Cosack, Lehrb. I § 52, 2b; Crome, Bürgerl. R. I § 80 Anm. 2.

[34]) l. 29 D. 50, 17: Quod ab initio vitiosum fuit, non potest tractu temporis convalescere. — Dernburg, Bürgerl. R. I S. 250: Nichtigkeit ist unheilbar.

[35]) Anders im römischen Recht, l. 7 C. 4, 28: Generaliter omnis ratihabitio retrotrahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt. — Die Bestätigung äußerte nach römischem Recht also dingliche

2. Die Nichtigkeit wirkt für und gegen Alle: d. h. sie kann von jedem gegen jeden geltend gemacht werden. Hieraus folgt ferner, daß sie auch von Amts wegen berücksichtigt werden muß.[36])

Die zweite Art der Ungültigkeit, die das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, ist die Anfechtbarkeit; dieselbe ist, wie Dernburg, Bürgerl. R. I § 115 definiert, „eine rechtlich bedingte, abgeschwächte Nichtigkeit".

Rechtlich bedingt ist diese Art der Ungültigkeit deswegen, weil ihr Wirksamwerden von einer hierauf gerichteten Willenserklärung abhängig gemacht ist. Erfolgt diese Erklärung, so ist das Rechtsgeschäft „als von Anfang an nichtig anzusehen" (§ 142 Abs. 1). Daraus folgt, daß die Ungültigkeit eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes schon mit dem Abschlusse dieses Geschäftes entstanden, bis zur Anfechtung aber in ihren Wirkungen gehemmt ist. Der Privatwillenserklärung ist hier, wie Endemann a. a. O. sagt, „die Kraft verliehen, die Wirkung jener Rechtsnorm auszulösen". Diese (die Nichtigkeit) wird aber nicht jetzt erst an das Rechtsgeschäft herangebracht, sondern sie ist mit diesem bereits von Anfang an verbunden.

Der Hauptunterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit schließlich ist der, daß die erstere von jedem, letztere

Wirkungen, während die „erneute Vornahme" des BGB. nur obligatorisch wirkt. Vgl. § 141 Abs. 2: „Die Parteien haben einander im Zweifel zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre." Vgl. ferner Mot. I S. 217 Abs. 2; Endemann, Lehrb. I § 74.

[36]) Eine besonders geartete Nichtigkeit finden wir im Eherecht; vgl. hierüber unten S. 65; desgl. für die Anfechtbarkeit im Eherecht S. 67.

jedoch nur von dem oder den Anfechtungsberechtigten geltend gemacht werden kann.[37])

Die dritte Art der Unwirksamkeit schließlich, die uns namentlich als Folge der Veräußerungsverbote in den §§ 135 und 136 entgegentreten wird, ist die „relative Unwirksamkeit".

Dieselbe hat viel Ähnlichkeit mit der Anfechtbarkeit: insofern nämlich, als in beiden Fällen die Unwirksamkeit nur bestimmten Personen gegenüber vorhanden ist. Trotzdem sind Anfechtbarkeit und relative Unwirksamkeit zu trennen, denn die Art und Weise, wie die Unwirksamkeit in die Erscheinung tritt, ist eine verschiedene. Ist ein Geschäft anfechtbar, so ist es, wie wir oben gesehen haben, mit einem Mangel behaftet. Jedoch ist dieser Mangel nicht stark genug, um das Entstehen des Rechtsgeschäfts zu hindern. Es entsteht und besteht und äußert seine Folgen so lange, bis durch die Erklärung eines hierzu Berechtigten seine Nichtigkeit zutage tritt. „Es befindet sich", wie Endemann a. a. O. sich ausdrückt, „bis zur erfolgten Anfechtung in einem verschleierten Zustande."

Anders bei der relativen Unwirksamkeit: Hier treten die Rechtsfolgen, durch das Verbot gehemmt, denen gegenüber, zu deren Gunsten das Verbot besteht, überhaupt nicht in Wirksamkeit. Die durch das Verbot Geschützten brauchen die Unwirksamkeit daher nicht erst durch eine Willenserklärung geltend zu machen; sie ist ihnen gegenüber durch die Bestimmungen des Gesetzes bereits ipso iure vorhanden.

Die relative Unwirksamkeit äußert also stärkere Wirkungen, als die Anfechtbarkeit; sie steht, wie Dernburg sagt, „zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in der Mitte". Sie

---

[37]) Wer Anfechtungsgegner ist, bestimmt § 143 BGB.

äußert schwächere Wirkungen als die Nichtigkeit, weil sie nicht für und gegen alle wirkt.

Wie die Mot. I S. 212 erklären, „geht ein Rechtsgeschäft", das mit dem Mangel der relativen Unwirksamkeit behaftet ist, seinen Weg, „solange es mit dem Rechte des Geschützten nicht in Widerspruch tritt".

Die Gründe, aus welchen nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs Nichtigkeit eintritt, sind, analog dem bisherigen Rechte, folgende:

1. Geschäftsunfähigkeit,
2. Simulation und mangelnder Ernst bei Abgabe der Willenserklärung,
3. Unsittlichkeit,[38])
4. Verletzung der vorgeschriebenen Form,
5. Verbotsverletzung, wenn sich aus dem Gesetze nicht ein anderes ergibt.

Diese letzte Gruppe allein kommt für unser Thema in Betracht; sie ist, wie schon erwähnt, in § 134 BGB. zum Ausdruck gebracht worden.

Es wird sich in vorliegender Arbeit nun zunächst darum handeln, den Geltungsbereich des § 134 festzulegen und abzugrenzen.

Die Fassung, die der § 134 im BGB. erhalten hat, enthält eine Erweiterung gegenüber derjenigen des ersten Entwurfs, welche lautete: „Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist." Durch diesen Wortlaut waren Rechtsgeschäfte, deren Inhalt und deren Leistung

[38]) § 138 BGB.; l. 15 D. 287: „nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dicitur, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est; vgl. hierzu ferner Mot. I S. 211; Code civil art. 1133.

gegen ein gesetzliches Verbot verstieß, nicht getroffen. Diesen erweiterten Zweck, alle Rechtsgeschäfte zu treffen, deren Vornahme, deren Inhalt oder deren Leistung verbotswidrig sind, verfolgt die Fassung, die für die Norm des § 134 endgültig gewählt wurde. Die Kommissions-Protokolle[39]) heben dies ausdrücklich hervor: „Durch diese Fassung soll zum Ausdruck gebracht werden, daß auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen werden, bei welchen sich das Verbot dem Wortlaute nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richtet. Die Tragweite der Vorschrift erstreckt sich auch auf Rechtsgeschäfte, welche auf eine durch Gesetz verbotene Leistung gerichtet sind."

Getroffen wird durch den Wortlaut des § 134 ferner die Gesetzesumgehung. Freilich nicht schlechthin. Begrifflich notwendige Folge ist die Nichtigkeit bei einem agere in fraudem legis ebensowenig, wie die Nichtigkeit begrifflich aus jedem Verbote folgt. Es wird hier vielmehr Auslegungsfrage des speziellen Falles sein, wobei in erster Linie maßgebend ist, ob das Verbot sich nur gegen die Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäftes oder aber gegen die Herstellung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges richtet. Nur in diesem letzteren Falle wird die Umgehung des Verbotes dem Verbot selbst gleichzustellen sein. Im ersteren Falle dagegen, wenn nämlich anstatt eines bestimmten, verbotenen Rechtsgeschäfts ein anderes, nicht verbotenes vorgenommen wird, „kann man", wie Planck,

---

[39]) vgl. Komm.-Prot. I S. 121/22. Dazu Endemann, Lehrb. I S. 39 und Staudinger I Komm. zu § 134.

Komm. I S. 186 sagt, „von einer Umgehung des Gesetzes nicht sprechen“.[40])

Es war daher unnötig, die Nichtigkeit der Umgehungsgeschäfte, wie ursprünglich beabsichtigt war, noch einmal besonders auszusprechen. Die Kommissionsprotokolle erklären die Aufnahme einer diesbezüglichen Vorschrift sogar „für in hohem Grade bedenklich“. „Man würde Gefahr laufen, daß eine Reihe erlaubter Geschäfte für nichtig erklärt wird, wenn man hier in die Auslegungsfreiheit des Richters eingriffe und diesem eine Direktive erteilen wollte. Die Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft als in fraudem legis vorgenommen nichtig ist, hängt ab von der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der diesen Tatbestand erfassenden Norm.“[41])

Ebenso wie bei den Umgehungsgeschäften von der Aufstellung einer besonderen Norm Abstand genommen wurde, war dies der Fall bei denjenigen Rechtsgeschäften, deren Vornahme gegen die „öffentliche Ordnung“ verstößt. Auch hier sah man von der Aufnahme einer besonderen Vorschrift, die im § 106 des 1. Entwurfs vorgesehen war, ab, da die §§ 134 und 138 genügende Handhaben zur Verhinderung solcher Geschäfte boten. Auch diese also fallen zum Teil unter den Geltungsbereich des § 134.

---

[40]) Ähnlich Fischer u. Henle, Komm. zu § 134; Staudinger, Komm. I S. 392; vgl. auch Endemann, B. R. I S. 40/41: „Es ist die Aufgabe des Richters, festzustellen, ob nur der bestimmte, im Gesetze ausdrücklich genannte Fall ausgeschlossen sein soll, oder ob dem Verbote eine allgemeingültige Norm zugrunde liegt, die seine ausdehnende Anwendung auch auf alle Geschäfte gestattet, die ihrem richtig erkannten Inhalte nach die vom Verbote getroffene Rechtslage herstellen wollen.

[41]) vgl. dazu Entsch. d. RG. Bd. 42 S. 295.

Wie aus den Motiven hervorgeht, erstreckt sich die Geltung des in § 134 ausgesprochenen Grundsatzes ferner auf die sonstigen Verbote zivilrechtlichen Inhaltes, seien dieselben reichsrechtlicher oder landesrechtlicher Provenienz;[42]) naturgemäß gilt auch hier die Einschränkung: „Sofern sich nicht aus dem Gesetze ein anderes ergibt." Die Motive I § 105 erklären nämlich: „Die Vorschrift hat namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbote des öffentlichen Rechts, insbesondere die des Strafrechts im Auge."[43])

Während jedoch bei den Zivilverboten die Unwirksamkeit sich entweder aus der speziellen Sanktion oder aus § 134 ergibt, ist dies bei den Strafverboten nicht der Fall. Es wird bei diesen daher, um etwaige zivilrechtliche Folgen zu beurteilen, von anderen Gesichtspunkten auszugehen sein. Die Unterscheidungsmerkmale sind ähnlich wie bei der Gesetzesumgehung: es ist auch hier wieder zu untersuchen, ob das Strafverbot sich gegen einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg eines Rechtsgeschäftes richtet oder nicht; soll nur die Vornahme desselben unter bestimmten, vom Gesetze nicht gewollten Umständen verboten werden, so erstreckt sich das

---

[42]) Nicht dagegen sind Verbote des Auslandes ohne weiteres nach der Regel des § 134 zu beurteilen. Vgl. Dernburg, Bürgerl. R. I § 123 I. Vgl. dazu Art. 30 EG. z. BGB.: Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn dieselbe gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde.

[43]) Rehbein, BGB. I S. 164: „Der Grundsatz des § 134 umfaßt das Gebiet der reichsrechtlichen und landesrechtlichen, absolut gebietenden, der Disposition der Parteien entzogenen Rechtsnormen, ohne Unterschied, ob sie sich gegen Vornahme oder Inhalt des Rechtsgeschäftes richten, wenn sie nur nach ihrem erkennbaren Sinne die Abänderung durch Privatwillkür ausschließen." Ebenso Staudinger und Endemann a. a. O.

Strafverbot nicht auf den zivilrechtlichen Bestand. Mit andern Worten: Maßgebend für die Nichtigkeitsfrage eines Rechtsgeschäftes ist der Grund des Strafverbotes. Dieser, in der älteren gemeinrechtlichen Doktrin so vielumstrittene Satz ist heute in Theorie und Praxis gleichmäßig anerkannt. Das Reichsgericht hat ihn in Bd. 58 S. 280 dahin formuliert, daß „aus dem einzelnen Verbotsgesetz der Grund des Verbotes und die Absicht des Gesetzes zu ermitteln und danach die zivilrechtliche Wirkung zu bestimmen" sei.

Erwähnenswert ist ferner die Entscheidung in Bd. 6 S. 170: „Eine allgemeine Rechtsregel, derzufolge jedes Rechtsgeschäft stets für nichtig erklärt werden müßte, wenn es unter Umständen und in einer Absicht abgeschlossen worden, welche den so Handelnden straffällig machen, enthält das gemeine Recht nicht."[44])

Einen anderen Weg, das Strafverbot auf seine zivilrechtliche Wirkung hin zu beurteilen, schlägt Isay in seiner Abhandlung „Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts" vor. Ihm ist nicht der Verbotsgrund, sondern der Gesamttatbestand eines Rechtsgeschäfts für die zivilrechtliche Folge eines Verstoßes das entscheidende Moment: „Der Ausdruck Rechtsgeschäft in § 134 ist nicht gleichbedeutend mit Willenserklärung, sondern mit Gesamttatbestand

---

[44]) Ähnlich Dernburg, Bürgerl. R. I § 123 II: „Machen nur die Umstände, unter welchen ein Geschäft geschlossen ist, den Handelnden straffällig, und ist das Geschäft als solches nicht strafbar, so ist es trotz der Strafandrohung gültig": Endemann, Bürgerl. R. S. 110: „Es ist jedesmal auf den Grund des Verbotes zurückzugehen; ergibt sich aus diesem, daß das Geschäft selbst zu einem materiell rechtswidrigen gestempelt werden soll, dann ist es auch als zivilrechtlich verboten anzusehen, und nur dann ist § 134 anzuwenden.

des Rechtsgeschäftes. Nur wenn dieser gegen ein Verbot verstößt, ist § 134 am Platze. Im übrigen sei ein Rechtsgeschäft gültig, wenn es mindestens eine nichtdeliktische Willenserklärung enthalte; jedoch mache eine verbotswidrige causa bei kausalen Rechtsgeschäften das ganze Geschäft nichtig, während die causa bei abstrakten Rechtsgeschäften ohne Einfluß auf den Bestand derselben sei."

Staudinger, der den Verbotszweck für die Nichtigkeitsfrage entscheidend sein läßt, bemerkt zu den Ausführungen Isays in seinem Komm. zu § 134: „Die praktischen Ergebnisse sind nach der Isayschen Theorie wohl durchgehends dieselben wie nach der Ansicht, die im Verbotsgrunde das entscheidende Moment erblickt."

Jedenfalls aber geben die von Isay aufgestellten Sätze eine sehr einfache und klare Handhabe für die Beurteilung der Frage, wann ein Vertrag, der gegen ein Strafverbot verstößt, nichtig ist: „Ein Rechtsgeschäft ist gültig, wenn es wenigstens eine nichtdeliktische Willenserklärung enthält."[45]) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches

---

[45]) Beweise dafür, daß auch der Gesetzgeber Strafverbot und Nichtigkeit nicht für untrennbare Begriffe hält, finden wir z. B. in § 302a RStGB., in welchem der Wucher unter Strafe gestellt ist; in § 138 BGB. wird das wucherische Geschäft noch besonders für nichtig erklärt. — Andrerseits finden wir volle Anerkennung eines Rechtsgeschäftes trotz der Strafandrohung; vgl. §§ 41a, 55a, 105b–105h, 146a GewO. (Verkauf unter Verletzung der Sonntagsruhe). Diese beiden Beispiele beweisen zugleich den Satz, daß der Verbotsgrund ausschlaggebend ist: Im ersten Falle wendet sich der Gesetzgeber gegen ein unwirtschaftliches Geschäft, d. h. gegen das Geschäft selbst; im zweiten Falle dagegen handelt es sich um ein von der Rechtsordnung allgemein anerkanntes Geschäft, nämlich um den Kauf; nicht dieser soll durch das Verbot getroffen werden, sondern es soll seine Vornahme

Verbot verstößt, ist, wie wir bei dieser Gelegenheit gleich hervorheben wollen, nicht ohne weiteres nichtig; es muß bei einem verbotswidrigen Vertrage vielmehr die Gesamtheit der beteiligten Willenserklärungen mit dem Gebote kollidieren. Daher ist eine Schenkung, die ich einem Bettler mache, nicht nichtig, weil derselbe gegen § 361 Nr. 4 RStGB. verstößt.[46]) Aus demselben Grunde sind auch „wirtschaftliche Geschäfte", welche ein „idealer" Verein verbotswidrig abschließt, nicht nichtig; sie können vielmehr noch rechtswirksam sein, wenn der Verein gemäß § 43 BGB. aufgelöst worden ist und als nicht rechtsfähiger Verein nach § 54 BGB. weiterbesteht. In einem solchen Falle überdauern sie sogar, trotz der Verbotsverletzung und trotz der als Strafe eingetretenen Auflösung, die veränderte Haftung.

Um den Geltungsbereich des § 134 noch einmal zusammenfassend abzugrenzen, wollen wir hier die Ergebnisse der letzten Darlegungen noch einmal zusammenstellen:

1. § 134 ergreift alle Rechtsgeschäfte, deren Vornahme, deren Inhalt oder deren Leistung verboten ist; bei Verträgen müssen sämtliche beteiligten Willenserklärungen gegen das Verbot verstoßen, dasselbe gilt für das agere in fraudem legis.

---

unter bestimmten Umständen verhindert werden. — In einem anderen Falle (Trucksystem) wird ein Rechtsgeschäft zuerst verboten (§ 115 GewO.), dann unter Strafe gestellt (§ 146 cod.) und schließlich noch besonders für nichtig erklärt (§ 117 GewO.). Wären Strafverbot und Nichtigkeit untrennbare Begriffe, dann wäre hier mindestens ein Paragraph überflüssig.

[46]) Beispiel von Staudinger a. a. O.: „Ein Vertrag ist nicht schon dann nichtig, wenn er für einen der Vertragschließenden den Tatbestand einer strafbaren Handlung enthält."

2. § 134 greift über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus und erfaßt sämtliche reichs- und landesgesetzlichen Verbote zivilrechtlichen Inhalts, wenn sich aus diesen nicht ein anderes ergibt.[47])

3. § 134 erstreckt sich auf diejenigen Strafverbote, bei welchen die Nichtigkeitsfolge aus dem Verbotsgrunde ersichtlich ist.

Mit der Wendung „soweit sich aus dem Gesetze nicht ein anderes ergibt" schränkt § 134 seinen Geltungsbereich selbst ganz erheblich ein. Durch diesen Wortlaut ist vor allen Dingen zum Ausdruck gebracht, daß die Nichtigkeit nicht begriffliche, sondern „subsidiäre" Folge des Verbotes ist.[48])

Der Begriff der Nichtigkeit ist oben besprochen worden; das Wesen derselben besteht, wie wir gesehen haben, darin, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft rechtlich nicht existent wird. Daraus folgt, daß das durch ein verbotenes Geschäft Erlangte ohne Rechtsgrund erlangt ist; es kann demgemäß nach § 817 BGB. als ungerechtfertigte Bereicherung wieder zurückgefordert werden. Diese Rückforderung ist jedoch, ebenso wie bei der römischrechtlichen condictio ob iniustam causam, dann ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zur Last fällt; nur in den Fällen, in denen die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, tritt diese Ausschließung des Rückforderungsrechtes nicht ein (vgl. BGB. § 817).

Erweitert ist das Rückforderungsrecht bei den unerlaubten Handlungen; da nämlich jede unerlaubte Handlung einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot in sich trägt, so

[47]) Die einzelnen Verbote werden, soweit sie von Wichtigkeit sind, später besprochen, vgl. S. 48 ff.

[48]) So Staudinger a. a. O.

trägt sie als regelmäßige Folge auch die Nichtigkeit in sich: Daher auch hier die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung auf das aus der unerlaubten Handlung Erlangte; neben diese Klage tritt die Klage auf Schadensersatz, welche allerdings schon in drei Jahren verjährt, während die Bereicherungsklage der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren unterliegt (vgl. § 852 BGB.).

Zu erwähnen ist an dieser Stelle, daß auch die Ausübung eines Rechtes seitens des Berechtigten unter Umständen widerrechtlich, d. h. unerlaubt, sein kann; dies ist der Fall, „wenn die Ausübung des Rechtes nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.“ [49]) Da das durch solchen „bösen Rechtsmißbrauch“ Erlangte jedoch immerhin nicht ohne Rechtsgrund erlangt ist, muß hier die condictio ob iniustam causam naturgemäß zessieren; es bleibt dagegen die Klage auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB.

Etwas anders als bei dem verbotenen Rechtsgeschäfte sind die Rechtsbehelfe bei den verbotenen Verträgen geregelt. Das Gesetz stellt in § 309, indem es rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit miteinander identifiziert, einen Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, einem solchen Vertrage gleich, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist: beide sind nichtig. Dementsprechend tritt auch hier wieder das Rückforderungsrecht ob iniustam causam auf die Bereicherung ein. Daneben aber gewährt § 307 der Partei, welche auf die Gültigkeit des Vertrages vertraute, einen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.[50])

[49]) vgl. § 226 BGB.

[50]) Die Klage aus § 852 ist hier nicht gegeben.

Außerdem ist ein verbotswidriger Vertrag bedingt gültig, wenn er für den Fall geschlossen wird, daß das Verbot fortfällt (§ 308 BGB.).

Die Bestimmungen der §§ 2171 und 2192, welche Vermächtnisse und Auflagen, die eine verbotene Leistung zum Gegenstande haben, für nichtig erklären, können wir als Spezialfälle der §§ 134 bezw. 307 f. ansehen und daher gleich im Anschlusse an diese erwähnen.

Selbstverständlich und schon aus den allgemeinen Grundsätzen herzuleiten ist die Bestimmung des § 344, daß neben einem nichtigen Vertrage keine rechtswirksame Konventionalstrafe bestehen kann; es widerspräche das der akzessorischen Natur derselben. Wenn das Gesetz die Unwirksamkeit einer solchen trotzdem noch einmal besonders feststellt, so geschah es, um die Erzwingung verbotener Geschäfte mit Hilfe einer Konventionalstrafe zu verhindern.[51])

Was für die Vornahme eines verbotenen Rechtsgeschäftes und Vertrages gilt, gilt schließlich auch für die gesetzlich verbotene Aneignung. Auch hier treten die beabsichtigten Folgen, nämlich der Eigentumserwerb, nicht ein.[52])

---

[51]) vgl. Mot. II S. 279.

[52]) Das BGB. kennt, im Gegensatz zum gemeinen Recht, die „unfreiwillige Stellvertretung des unberechtigten Okkupanten“ nicht mehr. Der Wilddieb erwirbt das angeeignete Tier also weder für sich, noch für den Jagdberechtigten; dasselbe bleibt herrenlos; daher hat der Jagdherr nicht die Klage aus § 985, sondern aus § 823 Abs. 2 BGB. Anders liegt dagegen der Fall bei der Aneignung von Bernstein unter Verletzung des Bernsteinregals, Hier erwirbt der Finder das Eigentum für den Staat; denn Art. 69 EG. z. BGB. bezieht sich nur auf Jagd und Fischerei. Andere Fälle gesetzlich verbotener Aneignung finden wir z. B. in § 291 RStGB., die Aneignung sogen. Blindgänger und Kugeln nach abgehaltenen Schießübungen betreffend. Ferner Reichsstrandungs-

Daher erwirbt derjenige, welcher dem § 369 Nr. 11 RStGB. zuwider Singvögel einfängt, das Eigentum an denselben ebensowenig, wie der Wilderer oder Fischdieb Eigentümer der erbeuteten Tiere wird (§ 958 Abs. 2 BGB. mit Art. 69 EG. z. BGB.).

Für unbewegliche herrenlose Sachen stellt das Bürgerliche Gesetzbuch schließlich ein allgemeines Aneignungsverbot insofern auf, als es das alleinige Okkupationsrecht in § 928 Abs. 2 dem Fiskus des Bundesstaates zuspricht, in dessen Gebiete das Grundstück liegt.[53]) Bis zur Eintragung des Fiskus ins Grundbuch bleibt das Grundstück herrenlos.

Was nun die Terminologie anbetrifft, deren das Bürgerliche Gesetzbuch sich bedient, um Verbotsgesetze zum Ausdruck zu bringen, so hat es hier einen eigenen Weg eingeschlagen. Es bestimmt nicht jedesmal ausdrücklich, welcher Grad der Unwirksamkeit im gegebenen Falle eintreten soll, sondern drückt die verschiedenen Folgen durch die Art und Weise, wie es die Verbote faßt, aus.

In der Wortfassung also haben wir die Sanktion zu suchen; und zwar gilt dies nicht nur für das Bürgerliche Gesetzbuch selbst, sondern in gleicher Weise auch für alle diejenigen Gesetze, welche gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder später als dasselbe erlassen worden sind.

Die Motive I S. 210 erschöpfen die im Bürgerlichen Gesetzbuch zur Anwendung gelangten Verbotswendungen nicht vollkommen, wenn sie erklären: „Soweit der Entwurf der Vornahme eines Rechtsgeschäftes entgegentritt, ist dem

ordnung vom 17. 5. 1874: Strandtriftige Güter gehören dem Staate, seetriftige Güter gehören dem Berger.

[53]) Verwandt hiermit das Intestaterbrecht des Fiskus in § 1936 BGB.

letzteren der Regel nach die Gültigkeit unmittelbar entzogen, es ist für nichtig erklärt; oder es wird, was gleichbedeutend ist, gesagt, daß etwas nicht geschehen kann.[54])

Wir finden außer der Wendung „kann nicht" eine Reihe anderer Ausdrücke, welche zum Teil recht verschiedene Bedeutung haben. Solche sind z. B.: „ist nichtig", „ist unzulässig", „ist nicht übertragbar", „darf nicht", „soll nicht" Auch die Wendungen „darf nur" oder „darf erst" ebenso wie „kann nur" enthalten Prohibitivnormen, trotzdem sie als einschränkende Präzeptivnormen erscheinen.

Nichtigkeit tritt nun, wie sich aus den Motiven ergibt, überall dort ein, wo gesagt ist, daß ein Rechtsgeschäft nicht vorgenommen werden kann. Dieselbe Folge ziehen diejenigen Verbote nach sich, in welchen die Ausdrücke „ist unzulässig",[55]) „ist nicht übertragbar"[56]) oder „kann nur" gebraucht sind. Es ergibt sich dies aus den Worten selbst.

Nicht so einheitlich dagegen ist die Wirkung der Worte „darf nicht", „darf erst" oder „darf nur". Festzuhalten ist in erster Linie, daß durch diese Wendungen niemals Nichtigkeit zum Ausdruck gebracht werden soll,[57]) wenn es nicht ausdrücklich gesagt ist, wie in § 795 BGB. Im übrigen tritt manchmal Anfechtbarkeit, so in § 1303, manchmal einstweilige Unwirksamkeit ein, so in § 459.

Die Wendung „soll nicht" schließlich hat nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift, welche die Wirksamkeit

---

[54]) vgl. Planck, Komm. I S. 25 4b; desgl. Staudinger, Komm. I zu § 134.

[55]) vgl. § 226 BGB.; § 181 KO.

[56]) vgl. §§ 514, 717, 814, 1300 BGB.

[57]) vgl. z. B. § 81 HGB.; dazu Staub I Komm. zu 81; desgl. Staudinger a. a. O.

eines trotzdem vorgenommenen Rechtsgeschäfts unberührt läßt. Ein Beispiel hierfür ist § 2237.

Wir kommen nunmehr zu den einzelnen Verbotsgruppen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Es sind im großen und ganzen immer dieselben Gesichtspunkte, welche in den verschiedenen Rechtsgebieten zur Statuierung von Verboten geführt haben:

1. Treu und Glauben, Verkehrs- und Rechtssicherheit,
2. Sozialpolitische Gründe,
3. Aufrechterhaltung der begrifflichen Merkmale eines Rechtsinstituts einerseits, die Verhinderung rechtlich unmöglicher Gebilde andrerseits.

Besondere Gesichtspunkte waren für die Verbote des Familienrechtes maßgebend.

Naturgemäß sind Grenzen zwischen den einzelnen Gruppen nicht zu ziehen; oft fließen verschiedene Verbotsmomente in einem Verbot zusammen. Allgemein lassen sich indes folgende Sätze aufstellen: Die Verbote im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit finden wir durch das ganze Bürgerliche Gesetzbuch verstreut; im Recht der Schuldverhältnisse, in dem der Parteiwille fast souverän ist, finden wir Verbote immer dort, wo es gilt, einem Mißbrauch des Parteiwillens entgegenzutreten; im Sachen-, Familien- und Erbrecht dagegen, wo die einzelnen Rechtsinstitute über dem Parteiwillen stehen, greifen die Verbote immer schon dann ein, wenn es sich um die Aufrechterhaltung des Wesens eines Rechtsinstituts handelt.

Eine Reihe von Beispielen mag diese Behauptungen beweisen.

„Eine geschuldete Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit es erfordern.“ So lautet der Grundsatz, der in § 242 dem gesamten Obligationenrecht als Leitmotiv vorangestellt ist.

Dieser Grundsatz ist z. B. für das Verbot des § 276 Abs. 2 maßgebend gewesen: „Die Haftung für Vorsatz kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.“ Entsprechend dem Prinzip der Vertragsfreiheit dürfen die Parteien die Haftung des Schuldners sowohl steigern als auch vermindern, sogar die Ausschließung derselben wegen grober Fahrlässigkeit ist statthaft; die Ausschließung der Haftung wegen Vorsatzes dagegen würde nicht nur das Wesen des Schuldverhältnisses und die Sicherheit, die es bieten soll, zerstören, sondern auch Handlungen, welche gegen Treu und Glauben laufen, geradezu sanktionieren.

Dieselben Erwägungen, in welche auch das Moment der Verkehrssicherheit stark hineinspielt, haben zu den Verboten der §§ 419, 1088, 2382 geführt. Hiernach kann der Übernehmer eines Vermögens durch Vereinbarung mit dem bisherigen Schuldner die Haftung für etwaige Schulden ebensowenig ausschließen wie der Übernehmer eines Nießbrauchs oder der Erbschaftskäufer. Alle diese Geschäfte könnten nur den Zweck haben, unbeteiligte Dritte zu schädigen, ähnlich der capitis deminutio minima des römischen Rechts, welche vorgenommen wurde, um einen Untergang der Schulden herbeizuführen. Da es auch hier wieder gegen Treu und Glauben wäre, wenn man solche Verträge zuließe, hat der Gesetzgeber derartigen Vereinbarungen seinen Schutz von vornherein entzogen, ohne sich erst auf den Umweg der restitutio in integrum, welche der Prätor in diesen Fällen gewährte, einzulassen. Von demselben Grundsatze ist der

Gesetzgeber bei der Aufstellung des Verbotes in § 181 KO. ausgegangen, welches bestimmt, daß der Zwangsvergleich allen nicht bevorrechtigten Gläubigern gleiche Rechte gewähren muß und jedes andere Abkommen des Gemeinschuldners mit einzelnen Gläubigern ohne die ausdrückliche Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger für unzulässig und nichtig erklärt.

In naher Beziehung zu obigen Vorschriften stehen diejenigen über die Gewährleistung des Verkäufers wegen eines Mangels der Sache oder eines Mangels im Recht. Ein Erlaß oder eine Beschränkung der Gewährleistung ist nichtig, „wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt" (§ 443 mit § 476). Dieselben Bestimmungen finden wir in § 540 beim Vermieter, in § 637 beim Werkunternehmer.

Eng verwandt mit all den aufgeführten Verboten ist die Vorschrift des § 181: Ein Vertreter kann im Namen des Vertretenen mit sich selbst nicht kontrahieren. Die Befürchtung, daß in diesen Fällen bei kollidierenden Interessen der Vertreter zum Schaden des Vertretenen kontrahiert und gegen Treu und Glauben handelt, ist naheliegend genug, um dieses Verbot zu rechtfertigen.[58]) — In weiterer Ausführung dieses Gedankens bestimmt § 1909, daß einem Mündel ein Pfleger bestellt werden muß, sobald es sich um Angelegenheiten handelt, an deren Besorgung der Vormund „rechtlich verhindert ist".

Ausdrücklich hervorgehoben ist das Moment der Verkehrssicherheit, das sonst mit dem Grundsatze von Treu und Glauben faßt immer zusammenfließt, schließlich in den Motiven zum § 795 BGB. Daselbst ist die Ausgabe von Schuldver-

[58]) Eine Ausnahme von dem Verbote des § 181 finden wir übrigens in § 400 HGB.

schreibungen auf den Inhaber ohne staatliche Genehmigung verboten, „um das Publikum gegen Ausbeutungen zu schützen und Gefährdungen des Staatskredits zu vermeiden".

Außer der Verkehrssicherheit hat aber auch das Interesse an der Rechtssicherheit, die mit der ersteren meist Hand in Hand geht, zu Verboten geführt.

Einen solchen Fall finden wir in § 225 BGB., welcher verbietet, die Verjährung durch Parteivereinbarungen zu erschweren oder auszuschließen. Mit dieser Bestimmung ist einer Reihe von Ansprüchen, deren rechtliche Existenz durch die Länge der Zeit zweifelhaft geworden sein könnte, der Streitweg verschlossen und Unklarheiten und Unsicherheiten im Verkehrsleben sowohl als im Rechtsverkehre vorgebeugt.

Eine Anzahl weiterer Fälle bietet das Sachenrecht.

§ 1014 erklärt die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes für unzulässig, „weil ein solches superfiziarisches Recht zu schlecht abgegrenzten und leicht zu Streitigkeiten Anlaß gebenden Rechtsverhältnissen führen würde" (Mot. III S. 470). Im übrigen ergibt sich diese Bestimmung bereits aus dem Grundsatze des § 93, welcher besondere Rechte an wesentlichen Bestandteilen einer Sache für alle Fälle ablehnt.[59])

Eine ähnliche Bestimmung wie in § 1014 finden wir beim dinglichen Vorkaufsrecht in § 1095: „Ein Bruchteil eines Grundstückes kann mit einem Vorkaufsrechte nur belastet werden, wenn er im Anteil eines Miteigentümers besteht."

Die Mot. III S. 454 begründen dies Verbot folgendermaßen: Die Belastung einer Miteigentumsquote mit einem Vorkaufsrecht wird praktisch nicht selten vorkommen, da sie im Ersatz eines gesetzlichen Retraktsrechtes,

[59]) vgl. §§ 93, 94 BGB. mit Art. 131, 182 EG. z. BGB.

das das Bürgerliche Gesetzbuch ablehnt, dazu dient, das Eindringen neuer Genossen in die Gemeinschaft zu verhindern. — Dagegen ist die Neubildung einer Quote durch den Alleineigentümer oder durch einen Miteigentümer, um an dieser Quote ein Vorkaufsrecht zu bestellen, ein Rechtsgeschäft, dessen Zulassung durch ein praktisches Bedürfnis nicht gefordert wird und welches zu Schwierigkeiten in der Grundbuchführung und zu verwickelten Rechtsgeschäften führen könnte.

Was § 1095 für das Vorkaufsrecht bestimmt, bestimmt § 1106 in gleicher Weise für die Reallast und § 1114 für die Hypothek.[60])

Desgleichen ist das Verbot des § 1433: „Der eheliche Güterstand kann nicht durch Verweisung auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden," als im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit gegeben zu erachten.

Auch § 2263, der eine Anordnung des Erblassers, durch welche er verbietet, das Testament alsbald nach seinem Tode zu öffnen, für nichtig erklärt, fällt unter diesen Gesichtspunkt.

Schließlich können wir auch alle diejenigen Normen hierher rechnen, welche besagen, daß bestimmte Rechtsgeschäfte nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung vorgenommen werden können (vgl. BGB. §§ 388, 925, 1724, 1742, 1947, 2180).

---

[60]) vgl. Mot. III S. 638—640. Bezüglich der Reallasten Art. 113—115 EG. z. BGB., nach welchen alle auf die Reallast bezüglichen Landesgesetze in Geltung bleiben, dazu Art. 120 Nr. 2 u. 184. Dazu preuß. Ablösungsgesetz vom 2. 3. 1850 und bayer. Gesetz vom 4. 6. 1848, d. Aufhebung von Frohnden, Mortuarium u. Zehnt betr.

Neben der Sicherheit im Verkehrs- und Rechtsleben ist das Interesse an gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen in vielen Fällen Anlaß zu Verboten gewesen.

Ein Beispiel für diese Gruppe ist wiederum § 93 BGB. Die Motive erklären: „Die Trennung wesentlicher Bestandteile führt nicht nur zur Auflösung des Ganzen, sondern auch zur Beschädigung und Veränderung der zu gewinnenden Werte, mithin zur Entwertung oder wenigstens zur Herabminderung des Wertes: einem Ergebnisse, welches den wirtschaftlichen Interessen zuwiderläuft.[61])

Die „Wirtschaftlichkeit" ist ferner maßgebend gewesen für die Verbote der §§ 1019, 1023 Abs. 3 und 1136.

In § 1019 ist der Satz servitus praedio debet esse utilis durch die Bestimmung zum Ausdruck gelangt, daß eine Grunddienstbarkeit nur in einer Belastung bestehen kann, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet.

Über diese Grenze hinaus kann, nach den Motiven, eine Servitut nicht bestehen. „Dies wird ausdrücklich hervorgehoben, weil, wenn eine weitergehende Servitut bestellt worden ist, nach § 894 die Bereinigung des Grundbuchs verlangt werden kann."

§ 1136 bestimmt: „Eine Vereinbarung durch die sich der Eigentümer dem (Hypothek-) Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern, oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig." Auch zu diesem Verbot, das sich übrigens schon aus dem Grundsatze des § 903 ergibt, wonach der

[61]) vgl. §§ 946—951, welche die Eigentumsverhältnisse den miteinander verbundenen, vermischten und verarbeiteten Sachen dem Grundsatz des § 93 gemäß regeln.

Eigentümer mit seinem Eigentum nach Belieben verfahren kann, haben wirtschaftliche Erwägungen geführt.

„Ein praktisches Bedürfnis, den Beteiligten bei der Hypothekbestellung die Möglichkeit zu eröffnen, der Hypothek durch Vertrag ein Veräußerungsverbot hinzuzufügen, ist", wie die Mot. III S. 681 erklären, „nicht vorhanden. Im Gegenteil, die Rücksicht auf das Gedeihen und die fortschreitende Entwicklung des Grundbesitzes erheischen dringend, daß der Eigentümer möglichst frei über sein Besitztum verfügen kann." Das Interesse an gedeihlichen wirtschaftlichen Zuständen hat hier sogar zur Durchbrechung des in § 137 ausgesprochenen Prinzips, das die obligatorische Wirkung eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes anerkennt, geführt. Eine Vereinbarung, welche dem § 1136 zuwiderläuft, äußert weder dingliche noch obligatorische Wirkung. Allerdings treten die obligatorischen Wirkungen einer solchen Vereinbarung im Hinblick auf § 137 trotz des in § 1136 ausgesprochenen Verbotes sofort ein, wenn der Schuldner sich nicht als Hypothekschuldner zu diesen Vergrößerungsbeschränkungen verpflichtet.[62]) Wieweit hier ein agere in fraudem legis in Betracht kommen kann, ist Tatfrage.

Aus sozialwirtschaftlichen Gründen verboten und deshalb nichtig sind ferner alle diejenigen Rechtsgeschäfte und Verträge, welche zu einer unzulässigen Abhängigkeit oder auch nur Bedrückung des Verpflichteten führen könnten.

Hierher gehören vor allen Dingen die Verträge über zukünftiges Vermögen, sei es Übertragung, Verpfändung

---

[62]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 55 S. 78.

oder Nießbrauchbestellung; „Verträge, durch welche," wie die Mot. II S. 186 sagen, „sich jemand seiner Erwerbstätigkeit begeben und damit zugleich jeden Antrieb zum Erwerbe verlieren könnte." Wären derartige Verträge erlaubt, so wäre damit einem Abhängigkeitsverhältnisse Tür und Tor geöffnet, das sich praktisch von der Sklaverei kaum unterschiede. Natürlich und zulässig erscheinen solche Verträge, von denen das ganze zukünftige Vermögen ergriffen wird, nur unter Ehegatten, denen dann auch, nach dem Satze cessante ratione, cessat lex ipsa, im ehelichen Güterrecht verschiedene Arten solcher Verträge zur Verfügung gestellt sind.

Ebensowenig wie die Übertragung des zukünftigen Vermögens ist der Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten wirtschaftlich oder sittlich zu rechtfertigen; auch dieser ist daher verboten. Schon l. 30 C. de pactis 2, 2 nennt solche Verträge: „pactiones odiosae et plenae tristissimi ac periculosi eventus, contra bonos mores . . ." Denselben Standpunkt nimmt das Bürgerliche Gesetzbuch ein, wie sich aus den Motiven ergibt. „Überdies sind dieselben vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus bedenklich. In den meisten Fällen würde dadurch nur dem Leichtsinn ein weiterer Weg zur Vermögensverschwendung und der unlauteren Spekulation Gelegenheit zur Ausbeutung gegeben."[63])

---

[63]) Ebenso wie die ehelichen Güterrechtsverträge Ausnahmen von den Bestimmungen des § 310 bilden, ebenso gibt es Ausnahmen hinsichtlich eines Vertrages über eine zukünftige Erbschaft. Erlaubt sind nach § 312 Abs. 2 Erbschaftsverträge, die unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder über den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen werden. Allerdings bedarf solch ein Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, da auch hier die Gefahr der Ausbeutung nicht von der Hand zu weisen ist. — Zugelassen ist ferner der Erb-

Die Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit haben auch die Verbote der §§ 1614 und 1714 im Auge.

§ 1614 bestimmt, daß ein eheliches Kind auf den Unterhalt für die Zukunft rechtlich nicht verzichten kann; § 1714 erklärt einen unentgeltlichen Verzicht eines unehelichen Kindes für die Zukunft für nichtig.

Eng verwandt mit diesen Verboten sind die Verbote in § 74 Abs. 2 und 3, § 76 HGB. und § 133 f. GewOrd. Auch sie gehen von dem Gedanken aus, daß niemand seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit verlustig gehen soll.

§ 74 HGB. erklärt die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen (§ 76 zwischen dem Prinzipal und dem Handlungslehrling) nur insoweit für verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens ausgeschlossen wird. Beschränkungen über die Zeit von drei Jahren hinaus sind eo ipso nichtig. Ebenso tritt Nichtigkeit ein, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig war. Vollkommen analoge Bestimmungen finden wir in § 133 GewOrd. Vgl. hierzu auch § 10 GewOrd., welcher die Neubegründung von Zwangs- und Bannrechten für unzulässig erklärt.

Gründe der Wirtschaftlichkeit, in welche auch Rücksichten auf die Verkehrssicherheit hineinfließen, haben schließlich zu den Verboten der §§ 399, 400 geführt.

---

vertrag § 2278 ff., der Erbschaftskauf § 2371 und die dingliche Verfügung eines Erben über seinen Anteil am Nachlasse nach dem Erbfall.

Wir haben es hier mit Veräußerungsverboten, und zwar mit absoluten Veräußerungsverboten zu tun, die bei Zuwiderhandlungen absolute Nichtigkeit zur Folge haben.[64])

Im allgemeinen hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Grundsatz aufgestellt, daß es bei einem Schuldverhältnisse, im Gegensatz zum römischen Recht, auf die Person der Beteiligten nicht ankommt, daß im Gegenteil alle Forderungen, auch Nebenforderungen, wie Konventionalstrafe, Zinsforderungen usw., selbständig übertragen werden können.

Dieser Grundsatz ist in den §§ 400 und 399 in zweifacher Weise durchbrochen worden.

In § 400 wird die Übertragbarkeit für unpfändbare Forderungen[65]) ausgeschlossen. Daß solche Forderungen nicht übertragen werden können, entspricht dem Grundsatze der Verkehrssicherheit.[66]) Denn die Pfändung dient nicht nur zur Sicherung, sondern auch zur Realisierung eines Anspruchs; ist eine solche Realisierung aber ausgeschlossen, so

---

[64]) Wir wollen die absoluten Veräußerungsverbote des BGB. wegen der ratio derselben gleich hier besprechen; die relativen Veräußerungsverbote werden unten behandelt werden, vgl. S. 68 ff.

[65]) Pfändungsverbote finden wir besonders in §§ 850, 851 ZPO.; §§ 180, 55 Invalidenversicherungsgesetz, § 50 Krankenversicherungsges.; § 96 Gewerbeunfallversicherungsges.; § 6 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. 3. 1873; § 4 des Reichsmilitärgesetzes v. 2. 5. 1874; § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes v. 21. 6. 1869. Außerdem Art. 80, 81 EG. z. BGB.

[66]) Dieselben sind trotzdem nicht schon bei der Verbotsgruppe behandelt worden, bei welcher die Verkehrssicherheit das leitende Moment war, sondern erst an dieser Stelle, weil die Gründe, aus denen Pfändungsverbote ergehen, regelmäßig wirtschaftlicher Natur sind. Die Veräußerungsverbote des § 400, die im Interesse der Verkehrssicherheit erlassen sind, resultieren erst aus diesen wirtschaftlichen Pfändungsverboten.

ist die Forderung nicht in gleicher Weise verkehrsfähig wie andere.

Auch in § 399 finden wir Ansprüche, denen die freie Übertragbarkeit gesetzlich genommen ist. § 399 bestimmt in seinem ersten Teil, daß eine Forderung nicht abgetreten werden kann, „wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann". Dies wird der Fall immer dort sein, wo es sich ausnahmsweise um die Person der Beteiligten handelt. Vor allem sind sämtliche höchstpersönlichen Ansprüche hierher zu rechnen, die vom Gesetz immer durch die Worte „sind nicht übertragbar" charakterisiert werden. Es fallen also unter diese Gruppe die §§ 38 (Vereinsmitgliedschaft), 717 (Ansprüche eines Gesellschafters), 613 (Dienstvertrag), 664 (Auftrag); unübertragbar sind ferner nach §§ 514 das Vorkaufsrecht, nach 1059[67]) der Nießbrauch, nach 1092 die beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

Höchstpersönlich sind ferner die Ansprüche auf Schmerzensgeld nach § 847 und der Defloration sanspruch nach § 1300.[68])

---

[67]) Kommissionsprot. III S. 407: „Das Verhältnis des Nießbrauchers zum Eigentümer hat in fast allen Fällen ein familiäres Gepräge (Altenteil). Dem Wesen dieses Verhältnisses entspricht es nicht, daß der Nießbraucher eine andere Person an seine Stelle soll setzen können. Die obligatorisch wirkende Überlassung der Ausübung an einen anderen gibt diesem eine hinreichend geschützte Stellung." — Da der Nießbrauch in seiner Totalität nicht übertragbar ist, ist auch seine partielle Übertragbarkeit ausgeschlossen; eine solche würde sowohl in der Bestellung eines Nießbrauchs an dem Rechte des Nießbrauchs, als auch in der Verpfändung liegen; beide sind daher unzulässig; vgl. §§ 1069 Abs. 2 und 1274 Abs. 2. — Bezügl. der beschränkten persönl. Dienstbarkeit vgl. Kommissionsprot. III S. 436.

[68]) vgl. jedoch § 1300 Abs. 2.

Besonders zahlreiche Fälle von unübertragbaren Ansprüchen hat, seiner inneren Natur entsprechend, das Familienrecht aufzuweisen. So ist das Recht des Mannes auf Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten Gute (§§ 1408 und 1427 Abs. 2) ebensowenig übertragbar wie die Ansprüche des Vaters aus dem Kindesvermögen (§ 1658) oder der Anspruch der Tochter gegen den Vater auf Gewährung einer Aussteuer (§ 1623).

Während § 400 und § 399 Teil 1 sich mit gesetzlichen Veräußerungsverboten beschäftigen, hat § 399 Teil 2 die rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbote im Auge. Er erklärt eine Forderung für nicht übertragbar, wenn die Unübertragbarkeit unter den Kontrahenten vereinbart wurde.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat der Vertragsfreiheit hier, indem es die dingliche Wirkung[69]) solcher Abtretungsverbote anerkennt, ein weiteres Feld eingeräumt, als es das römische Recht tat, welches einem pactum de non cedendo nur obligatorische Wirkung beilegte. Der Gesetzgeber ist zu dieser Erweiterung der Parteibefugnisse aus Zweckmäßigkeitsgründen gekommen; spielen doch Verträge, in denen die Übertragbarkeit ausgeschlossen wird, im heutigen Verkehrsleben eine große Rolle. Es sei hier nur an Eisenbahnfahrkarten, Abonnementskarten jeglicher Art, Versicherungsverträge, Depotscheine der Reichsbank usw. erinnert.[70])

Während ein Verstoß gegen ein unter § 400 oder § 399 Teil II fallendes Veräußerungsverbot nach § 134 zu beurteilen und daher nichtig ist, äußert die Verletzung eines rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbotes andere Folgen; wird nämlich

[69]) Wegen des Verhältnisses des § 399 zu § 137 vgl. unten S. 75.

[70]) vgl. auch § 664 HGB.: Ist der Reisende in dem Überfahrtsvertrage genannt, so kann er das Recht auf die Überfahrt nicht abtreten.

eine solche Forderung abgetreten, so hat der Schuldner dem Zessionar gegenüber die Einrede der Unübertragbarkeit; jedoch geht ihm dieselbe verloren, wenn er über die Schuld eine Urkunde ausgestellt hatte (§ 405 BGB.).

Von Wichtigkeit für die Folgerungen aus dem § 399 ist § 851 Abs. 2 ZPO. Es wäre nach § 399 nämlich möglich, daß jemand alle Forderungen, die ihm zustehen, durch Vereinbarung mit seinen Schuldnern zu unabtretbaren, mithin unpfändbaren macht und auf diese Weise sein Vermögen dem Zugriffe seiner eigenen Gläubiger entzieht. Diesem vereinbarten Zessionsverbot zum Schaden Dritter tritt § 851 Abs. 2 ZPO. entgegen, indem er bestimmt: „Eine nach § 399 BGB. nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist."

Eine letzte Reihe von Verboten schließlich, die auf wirtschaftliche Erwägungen zurückzuführen sind, ist in den §§ 248, 1149, 1229, 1245 Abs. 2 enthalten. Sie sind in gewissem Sinne mit den bisher besprochenen verwandt, weil es sich in diesem wie in jenem um den Schutz des wirtschaftlich Schwachen handelt.

§ 248 erklärt jede im voraus getroffene Verabredung, nach welcher Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, für nichtig.[71])

Eine ähnliche Bestimmung finden wir in § 1149 bezüglich der Hypothek: „Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke

[71]) Ausnahmen von dieser Regel finden sich in § 248 für Banken, Sparkassen und Kreditanstalten, sowie § 355 HGB. (Kontokorrentverkehr). Hinsichtlich rückständiger Zinsen herrscht Vertragsfreiheit; das Verbot des alterum tantum kennt das BGB. nicht mehr.

der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen, oder die Veräußerung auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken.

Ähnlich die Verbote der §§ 1229 und 1245 Abs. 2 bezüglich des Pfandrechtes an beweglichen Sachen.[72]) Auch hier wieder ist nur die vorherige Vereinbarung nichtig, und zwar sowohl der obligatorische, als auch der dingliche Vertrag; der datio in solutum nach Fälligkeit der Forderung steht dagegen nichts im Wege.

Zum Schlusse sind hier noch, als wesensverwandt mit den drei zuletzt angeführten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894 mit dem Verbot der sogen. Verwirkungsklausel und das schon oben berührte Verbot des Trucksystems in §§ 115, 117, 146 GewO. zu erwähnen.

Sind für die bisherigen Verbote Erwägungen der Verkehrssicherheit und der Wirtschaftlichkeit maßgebend gewesen, so kommen für die dritte Hauptgruppe die Aufrechterhaltung der begrifflichen Merkmale eines Rechtsinstituts einerseits, die Verhinderung rechtlich unmöglicher Gebilde durch die Parteien andererseits als Verbotsmomente in Betracht.

Ein Beispiel hierfür findet sich in § 1110: „Eine (Prädial-) Reallast kann nicht von dem Eigentum an diesen Grundstücken getrennt werden.“ Die Mot. III S. 589 ff. erklären dies Verbot folgendermaßen: „Für das Bürgerliche Gesetzbuch handelt es sich nur um die in Zukunft neu entstehenden sub-

[72]) Auch hier führen die Mot. „die Gefahr der Bedrückung und Ausbeutung in Not befindlicher Schuldner“ ausdrücklich als Verbotsgrund an. Vgl. l. 6 Cod. de pact. pign. 8, 35. Verbot der lex commissoria.

jektiv-dinglichen Reallasten. Wollte man bei diesen die beliebige Lösung der Verbindung zwischen dem Grundstücke und der Berechtigung zulassen, so würde die einfache Konsequenz dazu nötigen, auch die Umwandlung einer subjektiv-persönlichen in eine subjektiv-dingliche zu gestatten. Einen so scharfen Eingriff in die Rechtslage des Verpflichteten durch die Willkür des Berechtigten darf das Gesetz nicht gutheißen, da hier nicht nur ein Wechsel in der Person des Berechtigten in Frage komme, sondern das den Berechtigten bestimmende Merkmal und damit die Natur des Rechtes selbst geändert würde."

Diese Erwägungen haben auch zu dem Verbote des § 1111: „Eine zugunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast kann nicht mit dem Eigentume an einem Grundstücke verbunden werden", geführt.

Ebenso handelt es sich in den §§ 1153 und 1250 um die Natur eines Rechtes.[73]) Eine Forderung kann nicht ohne die Hypothek, eine Hypothek, bezw. ein Pfandrecht an beweglichen Sachen, kann nicht ohne die Forderung übertragen werden; denn „die Hypothek ist die Belastung eines Grundstücks zur Sicherung einer Forderung". Hypothek und Forderung gehören also begrifflich zusammen. Die Übertragung der Hypothek ohne die Forderung, wie der Forderung ohne die Hypothek wäre eine Vernichtung des der Hypothek zugrunde liegenden Gedankens der akzessorischen Natur der letzteren. Ganz ebenso liegt der Fall bei dem Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Ein Unterschied besteht dagegen in den Folgen, welche ein Verstoß gegen die §§ 1153, bezw. 1250 zur Folge hat.

[73]) vgl. §§ 1153 und 1250 mit § 401.

Wird nämlich bei der Übertragung einer Forderung der Übergang des Pfandrechtes ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht nach § 1250 Abs. 2, während zum Untergange einer Hypothek nach § 875 Löschung im Grundbuche erforderlich ist; ein Verstoß gegen § 1153 hat daher Nichtigkeit zur Folge.

Auch das Verbot des § 1201 entspringt dem Wesen eines Rechtsinstituts, nämlich dem der Rentenschuld. § 1201 Abs. 2 bestimmt: „Dem Gläubiger kann das Recht, die Ablösung zu verlangen, nicht eingeräumt werden.“ „Ließe man die Möglichkeit offen,“ bemerken die Motive hierzu, „dieses Kündigungsrecht vertragsmäßig einzuführen, so würde die Rentenschuld ihren Wert fast vollständig verlieren; tatsächlich wäre das Verhältnis dann durchaus dasselbe wie bei der Hypothek oder Grundschuld. — In der Unkündbarkeit der Rentenschuld seitens des Gläubigers liegt die wesentliche Bedeutung derselben.“

Zu erwähnen ist hier schließlich noch das Verbot des § 2065, nach welchem der Erblasser eine „letztwillige“ Verfügung nicht in der Weise treffen kann, daß ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten soll oder nicht. — Ein Verbot, das erlassen ist, um das Wesen des Testaments zu wahren; da dasselbe nach den Begriffsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs den „letzten Willen“ des Erblassers bedeutet, ist ein Abhängigmachen dieses Willens von dem Willen eines anderen rechtlich ein Unding.

Besondere Gesichtspunkte sind für die Verbote des Familienrechtes, insbesondere des Eherechtes, das wir bisher der Einheitlichkeit der Darstellung halber ganz ausgeschaltet haben, maßgebend gewesen. Hier fließen öffentlichrechtliche, ethische, sozialpolitische, sanitäre und religiöse Momente zusammen, wie sonst auf keinem

Gebiete des Privatrechts. Auf alle diese Momente hat der Gesetzgeber bei der Statuierung von Verboten Rücksicht nehmen, und demgemäß die Willkür der Parteien auf das engste einschränken müssen. Außerdem aber hat er sich selbst, um nicht mit Sitte, Brauch und den Bestimmungen anderer Rechtsquellen zu kollidieren, bei der Festsetzung von Rechtsnormen Grenzen stecken müssen, Zwangsvollstreckungen und sogar Klagen von vornherein ablehnen müssen, „da es", wie die Mot. IV S. 39 erklären, „gegen die Würde des Rechtes verstößt, ein prozessuales Verfahren und ein Urteil zuzulassen, welchem das Gesetz aus sittlichen Gründen die Vollstreckung versagen muß."

Deshalb bestimmt das Gesetz gleich eingangs (§ 1297), daß aus einem Verlöbnisse nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden kann.

Im übrigen kann es nicht im Bereiche unserer Arbeit liegen, auf die einzelnen Eheverbote näher einzugehen. Vgl. §§ 1317 mit 1324, 105 mit 1325, 1309 mit 1326, 1310 mit 1327, 1312 mit 1328. Wir finden in den Motiven zu diesen zitierten Paragraphen IV S. 17 ff. eine Reihe von Verbotsgründen, welche ihre Wurzeln in den verschiedensten Gebieten des Lebens haben. Es sollen die Nupturienten selbst vor einer „leichtsinnigen und unüberlegten Eheschließung" geschützt werden, es sollen Familie und Gemeinde vor unnötigen Lasten bewahrt werden, es muß schließlich auch das Interesse, das die Allgemeinheit an einem gesunden Nachwuchs hat, berücksichtigt werden. Daher werden körperliche, geistige und sittliche Reife erfordert, daher wird Gewicht gelegt auf möglichste wirtschaftliche Selbständigkeit usw.[74]) Neben all

[74]) Besondere Ehevoraussetzungen gelten in dem durch Art. 57, 58 EG. z. BGB. aufrechterhaltenen Privatfürstenrecht. So ist sowohl in

diesen rein prophylaktischen Verboten finden wir schließlich in § 1312 ein reines Strafverbot, ein Verbot, das in seinen Folgen nur deswegen gerechtfertigt erscheint, weil von ihm Befreiung bewilligt werden kann.

Wichtiger für unser Thema als die Eheverbote selbst sind die Folgen, die ein Verstoß gegen ein solches nach sich zieht. Wir finden hier eine Ungültigkeit, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, welche wesentlich anders geartet ist als diejenige, die wir bisher kennen gelernt haben. Zwar ist die Ehe, wie die Mot. IV § 1231 sich ausdrücken, „ein rechtsgeschäftlicher Akt, ein Vertrag"; doch ist dieser Vertrag, entsprechend den höchstpersönlichen Wirkungen, die er äußert, entsprechend dem Interesse, das Familie und Staat an ihm haben, von besonderen Gesichtspunkten aus geregelt.

Schon in der Eheschließung tritt dies öffentlichrechtliche Moment hervor. Zwar gilt der Satz: consensus facit nuptias, doch hat dieser consensus rechtliche Wirkungen nur dann, wenn er vor einem staatlichen Organ, nämlich dem Standesbeamten abgegeben wird. Derselbe muß nach der Vorschrift des § 1317 zur Entgegennahme der Erklärungen bereit sein. Daraus folgt, daß er nicht bloße Urkundsperson ist, sondern zur Prüfung des Vorhandenseins der rechtlichen Voraussetzungen berufen ist. In diesem Sinne also wirkt er beim Zustandekommen des rechtsgeschäftlichen Aktes direkt mit: indem

---

Preußen als auch in Bayern Erfordernis einer staatsrechtlich vollgültigen Ehe die Genehmigung des Königs, und zwar auch bei volljährigen Prinzen. Ein besonderes, als Reservatrecht auch durch das BGB. nicht außer Kraft gesetztes, Eheerfordernis gilt in Bayern in dem polizeilicherseits beizubringenden Verehelichungszeugnis nach Art. 33 des Gesetzes vom 16. 4. 1868 über Heimat, Verehelichung und Aufenthalt.

er den consensus entgegennimmt, wird derselbe erst zur rechtsgültigen Erklärung.

Schärfer noch als bei der Eheschließung bringt das Gesetz es in der Behandlung nichtiger oder anfechtbarer Ehen zum Ausdruck, daß die Ehe, obgleich ein Vertrag, ihren Charakter als Institution des öffentlichen Rechtes keineswegs verloren hat.

Nach den allgemeinen Grundsätzen über die Nichtigkeit müßte die Nichtigkeit einer Ehe für und gegen alle wirken und von jedem geltend gemacht werden können. Von diesen allgemeinen Regeln ist der Gesetzgeber jedoch abgewichen; er begründet es in den Mot. IV § 1252 mit dem „Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung gültiger Ehen", mit der „Rücksicht auf die öffentliche Ordnung und die Sicherheit des Verkehrs".

Zur Geltendmachung der Nichtigkeit einer Ehe ist nach § 1329 die Erhebung einer Nichtigkeitsklage erforderlich. Dieselbe darf nicht, wie andere Feststellungsklagen, inzidenter erhoben werden, vielmehr muß jedes andere Verfahren, dessen Ausgang von der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Ehe abhängig ist, bis zur Entscheidung über die Ungültigkeitsfrage ausgesetzt werden (vgl. Mot. IV § 1252 S. 57). Solange ist die Ehe auch als bestehend anzusehen. Mit der gerichtlichen Entscheidung erst treten die normalen Folgen der Nichtigkeit ein, d. h. es wird angenommen, daß die nichtig erklärte Ehe überhaupt nie geschlossen worden sei, daß sie eine „rechtliche Totgeburt" war. Demgemäß wirkt das Nichtigkeitsurteil, im Gegensatze zum Scheidungsurteil, ex tunc und deklaratorisch.

Das Verfahren ist geregelt in den §§ 631 ff. ZPO. Auch hier wiederum kommt das öffentlichrechtliche Moment zum Durchbruch. Wir finden es in dem Verbot eines vereinbarten

und in der Festsetzung eines ausschließlichen Gerichtsstandes, in der Beseitigung des Versäumnisverfahrens und der Mitwirkung des Staatsanwalts: eine besonders enge Verflechtung des Verfahrens mit den materiellrechtlichen Vorschriften.

In einem Falle nur, wenn nämlich die Ehe wegen Formverletzung nichtig und nicht ins Heiratsregister eingetragen ist, greifen die allgemeinen Bestimmungen Platz, d. h. genügt die einfache Feststellungsklage des § 256 ZPO.; vgl. §§ 1317, 1324 BGB.

Andererseits ist in § 1324 der in § 141 ausgesprochene Satz: „Quod ab initio vitiosum fuit, non potest tractu temporis convalescere“ durchbrochen worden: „Ist die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden und haben die Ehegatten nach der Eheschließung zehn Jahre, oder, falls einer von ihnen gestorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens drei Jahre, als Ehegatten miteinander gelebt, so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen.“

Ähnlich wie mit der Nichtigkeit verhält es sich im Eherecht mit der Anfechtbarkeit.

Die Anfechtungsgründe selbst sind in den §§ 1331—1335 und 1350 BGB. festgelegt. Die Geltendmachung erfolgt auch hier wieder durch Erhebung einer Klage. Mot. IV § 1260: „Die Erhebung der Anfechtungsklage hat eine doppelte Bedeutung. Einerseits bildet sie den Anfechtungsakt und hat insofern einen rechtsgeschäftlichen Charakter, andererseits hat sie die Natur einer Feststellungsklage.“ Aber auch diese Feststellungsklage kann incidenter nicht geltend gemacht werden. Erfolgt die Anfechtung, so ist die Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen; jedoch kann diese Nichtigkeit bis zur Nichtigkeitserklärung, bezw. bis zur Auflösung nicht anderweitig geltend gemacht werden (BGB. § 1343).

Die Anfechtungsfrist beträgt im Gegensatze zu den allgemeinen Bestimmungen, nur sechs Monate und ist im Falle des § 1331, gemäß § 1337, überhaupt ausgeschlossen, wenn der gesetzliche Vertreter die Ehe genehmigt, oder der anfechtungsberechtigte Ehegatte, nachdem er unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, die Ehe bestätigt hat.

Wird eine angefochtene Ehe für ungültig erklärt, so wirkt das Urteil ebenfalls ex tunc und deklaratorisch.

Nachdem wir uns bisher mit einer Reihe von Verboten beschäftigt haben, die bei einem Verstoße Nichtigkeit zur Folge haben, kommen wir nunmehr zu den Fällen, in welchen das Gesetz von dieser regelmäßigen Folge abweicht und andere Folgen sanktioniert. Einen solchen Fall, es ist zugleich der wichtigste unter den wenigen Ausnahmen, finden wir zunächst in § 135, der sich mit Veräußerungsverboten beschäftigt, welche nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken.

Wir haben im früheren Verlaufe der Arbeit[75]) Veräußerungsverbote kennen gelernt, welche im allgemeinen Interesse erlassen waren, daher auch absolut wirkten und demgemäß unter die Regel des § 134 fielen.

Diese absoluten Veräußerungsverbote haben mit den Verboten des § 135, den relativen Veräußerungsverboten, nur das gemein, daß sie Sachen oder Rechten, welche an sich frei verkehrsfähig sind, diese Verkehrsfähigkeit entziehen.

Die Verschiedenheit beruht darin, daß die ersteren sich zum Schutze Aller gegen Alle, die letzteren sich dagegen zum Schutze Bestimmter gegen Bestimmte richten. Dieser verschieden geartete Zweck motiviert die verschiedene Sanktion. Im ersten Falle, wie schon erwähnt,

---

[75]) vgl. S. 57 dieser Arbeit.

absolute Negation, im anderen dagegen die Verneinung nur insoweit, als die bestimmten geschützten Personen in Betracht kommen, also relative Unwirksamkeit.

Entsprechend der absoluten Wirkung der unter § 134 fallenden Veräußerungsverbote versagt bei einer Erwerbung gegen ein solches Veräußerungsverbot auch der Schutz des guten Glaubens, während bei den relativen Veräußerungsverboten nach § 135 Abs. 2 die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden.

Bevor wir auf einzelne Veräußerungsverbote eingehen, ist der Begriff der „Verfügung" festzulegen.

Verfügungen im Sinne des Gesetzes sind nicht nur Veräußerung, sei es totale, sei es partielle, wie z. B. die Belastung mit einem Pfandrecht oder einem Nießbrauch, sondern auch Erfüllungsannahme, Aufrechnung, Erlaß, Kündigung, kurz — alle Rechtsgeschäfte, welche, wie Dernburg, Bürgerliches R. I § 112 sagt, „unmittelbar auf bestehende Vermögensrechte einwirken, sie übertragen, verändern oder beendigen".

Das Eingehen einer obligatorischen Verpflichtung ist an sich keine Verfügung, „kann aber die Verpflichtung zu einer Verfügung begründen" (Planck, Komm. I S. 148).[76])

Einer rechtsgeschäftlichen Verfügung steht nach Erlaß des Veräußerungsverbotes jede Verfügung gleich, welche im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt (§ 135 Satz 2).[77])

---

[76]) vgl. auch Mot. I S. 213.

[77]) Nicht dagegen steht ein Veräußerungsverbot der Enteignung entgegen, da diese im öffentlichen Interesse erfolgt; vgl. Rehbein, BGB. I S. 171.

Die absoluten Veräußerungsverbote sind, soweit das Bürgerliche Gesetzbuch und die diesem verwandten Bestimmungen anderer Gesetze in Frage kommen, oben bereits besprochen. Es bleiben an dieser Stelle[78]) nur noch einige wenige Verbote dieser Gattung, welche, im Interesse des Staates erlassen, besonders im Strafrechte sich finden, zur Besprechung übrig.

Hier ist zuerst das Veräußerungsverbot zu nennen, das bei Hoch- oder Landesverrat nach § 93 RStGB. dem Täter die Verfügung über sein Vermögen entzieht. Nach § 480 StPO. finden auf diese Beschlagnahme die Vorschriften der §§ 333 bis 335 StPO. Anwendung. Die Beschlagnahme ist im Reichsanzeiger bekannt zu machen; mit der ersten Bekanntmachung

---

[78]) Für das römische Recht vgl. folgende Veräußerungsverbote: Verbot der Veräußerung von Mündelgrundstücken nach der oratio divi severi 195 l. 3 C. 5, 74; dazu für das heutige Recht § 1821, 2 BGB.; ferner l. 5 D. 26, 7, l. 7 eod. über die Anlage von Mündelvermögen mit §§ 1807 ff. BGB.; lex Julia de fundo dotali mit l. 15 C. 5, 13. Dazu für das heutige Recht §§ 1373 ff., besonders § 1376 und §§ 1445 ff.; Verbot der Veräußerung einer res litigiosa, l. 5 C. 8, 36; beseitigt durch § 265 ZPO.; l. 3 C. 6, 43 Verbot der Veräußerung vermachter Sachen; schon im gemeinen Rechte beseitigt. Veräußerungsverbote im deutschen Recht: Jegliche Veräußerung von Grundeigentum ist erschwert. Ursprünglich das Revokationsrecht der Sippe oder des Nachbarn, dessen Härten später im Retraktsrecht gemildert wurden. Die actio revocatoria im Lehnsrechte, das Beispruchsrecht, dessen Reste wir heute noch im § 2034 BGB. im gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miterben finden. Eine generelle Bestimmung über die Veräußerung von Grundeigentum findet sich in Art. 52 des Sachsenspiegels: Ane erben gelob und âne echte Ding un muz niemann sie eigen noch sine Lûte geben." Auch die Fahrnis war zum Teil unveräußerlich; so hatte die Frau kein Verfügungsrecht über ihren Schmuck; derselbe gehörte der Sippe. — Vgl. Art. 119 EG. z. BGB., Art. 59.

verliert der Angeschuldigte das Recht, über sein Vermögen unter Lebenden zu verfügen (§ 334 StPO.). Jede entgegenstehende Verfügung ist absolut nichtig. Die gleiche Folge gilt, wenn im Strafverfahren durch Urteil die Einziehung von Gegenständen ausgesprochen wurde.[79])

Im Interesse der allgemeinen Sicherheit ist das Reichsgesetz vom 9. 6. 1894 erlassen, welches den Vertrieb und die Überlassung von Sprengstoffen ohne polizeiliche Genehmigung verbietet.

Erwähnt sei hier schließlich noch § 89 b GewO., der ein eigenartiges, aber sehr erfreuliches Verbot im kunst- und kulturgeschichtlichen Interesse erhält; es dürfen hiernach Innungen Gegenstände von geschichtlichem, wissenschaftlichem oder Kunstwert nicht ohne Erlaubnis der Aufsichtsbehörde veräußern.

---

[79]) In der Regel ist diese Einziehung nur zulässig (vgl. StGB. §§ 40, 42), in einzelnen Fällen muß sie erfolgen; vgl. StGB. § 41 (Unbrauchbarmachung von Platten, Formen und fertigen Exemplaren einer strafbaren Schrift, Abbildung oder Darstellung); § 152 (Einziehung von falschem Gelde); § 295 (Einziehung der Jagdgeräte bei unberechtigter Jagdausübung); § 296a (Einziehung von Fanggeräten und Fischen bei unbefugtem Fischen seitens eines Ausländers in deutschen Küstengewässern); § 369 Nr. 2 (Einziehung von Maßen, Gewichten oder Wagen, welche unrichtig oder nicht mit dem Eichungsstempel versehen sind). Dazu kommt die Einziehung auf Grund des Vereinszollgesetzes und des Nahrungsmittelgesetzes (§ 15). Die Vollstreckung der Einziehung erfolgt gemäß § 495 StPO. nach den Vorschriften der ZPO.; vgl. § 897 ZPO. — Ist die Einziehung bereits vor dem Urteil erfolgt, so ist der Staat Besitzer und wird Eigentümer mit der Rechtskraft des Urteils. Erfolgt die Einziehung dagegen erst nach dem Urteil, so wird der Staat Eigentümer, sobald der Gerichtsvollzieher sich in den Besitz der Sachen setzt (vgl. § 897 ZPO.). Vgl. hierzu Franck, Komm. z. StGB. § 40.

Wir verlassen hiermit die absoluten Veräußerungsverbote, um uns den relativen zuzuwenden. Das Gesetz teilt dieselben in

a) gesetzliche (§ 135),

b) gerichtliche oder sonstige behördliche (§ 136), und

c) rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote (§ 137).

In § 136 werden die behördlichen Veräußerungsverbote den gesetzlichen gleichgestellt.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst finden wir nur wenige relative Veräußerungsverbote.

Solche sind enthalten z. B. in §§ 1395—1403, nach welchen Verfügungen einer Ehefrau über das eingebrachte Gut ohne Zustimmung des Mannes diesem gegenüber unwirksam sind. Das Besondere hierbei ist, daß der Erwerber auch durch Nichtwissen nicht geschützt ist (§ 1404).

Ferner fällt § 2211 unter 135: Der Erbe kann über einen Nachlaßgegenstand, der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, nicht verfügen.

Häufiger und von größerer Bedeutung sind die relativen Veräußerungsverbote, die wir in anderen Reichsgesetzen, namentlich in der Zivilprozeßordnung und der Konkursordnung finden.

Aus der Zivilprozeßordnung ist hier vor allem die „einstweilige Verfügung“ nach §§ 935 ff., ferner das arrestatorium und inhibitorium des § 829 (vgl. auch § 857), sowie schließlich die Zahlungssperre nach § 1019 im Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung verloren gegangener Inhaberpapiere, zu erwähnen. Desgleichen hat ein Beschluß, durch welchen die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung angeordnet wird, die Wirkung eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes (ZVG. vom 24. 3. 1887 § 23).

Die Wirkung eines Veräußerungsverbotes nach § 135 BGB. hat ferner ein vor der Konkurseröffnung erlassenes Veräußerungsverbot nach § 106 KO. Dasselbe ist, ebenso wie die Konkurseröffnung selbst, nach § 113 KO. in das Grundbuch einzutragen, im Gegensatze zu den absoluten Veräußerungsverboten, welche, wie Cosack sich ausdrückt, „buchfremd“ sind.

Eine Zwitterstellung zwischen absoluten und relativen Veräußerungsverboten nimmt gemäß §§ 6 und 7 KO. das mit der Konkurseröffnung verbundene allgemeine Veräußerungsverbot ein: „Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen“ (§ 6 KO.). Ein solches Veräußerungsverbot fällt unter § 135, weil es einmal nur zum Schutze der Gläubiger, also bestimmter Personen erlassen wird, und zweitens, weil es, wie die anderen relativen Veräußerungsverbote, auch in das Grundbuch eingetragen werden muß (§ 113 KO.).

Es äußert andrerseits stärkere Wirkungen als sonst ein Verbot nach § 135 und nähert sich dadurch den absoluten Verboten, weil nach § 13 KO. ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot nach §§ 135, 136 BGB. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist, weil ferner die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, nur in bezug auf Grundstücke Anwendung finden. Dies ergibt sich aus der Fassung des § 7 KO: „die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. bleiben unberührt.“ Hieraus und per arg. a. contr. aus § 135 BGB. ist zu entnehmen, daß die Vorschriften der §§ 933, 934 keine Anwendung finden.

Trotzdem muß man, wenn man den § 6 KO. schon unter

die vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Arten von Veräußerungsverboten untergliedern will, denselben zu den relativen rechnen.[80]) Denn das wesentliche Moment der absoluten Veräußerungsverbote besteht darin, daß sie zum Schutze aller gegen alle wirken. Dies ist beim Konkurse aber nicht der Fall, da es sich hier immer nur um eine bestimmte Anzahl von Personen handelt.

Dieselbe Wirkung, wie ein nach §§ 6 und 7 KO. erlassenes Veräußerungsverbot, hat nach § 1984 BGB. der Beschluß, durch welchen die Nachlaßverwaltung angeordnet wird.

Auch im Strafrechte finden sich relative Veräußerungsverbote. So bestimmt § 140 StGB., daß bei Verletzung der Wehrpflicht das Vermögen des Angeschuldigten insoweit mit Beschlag belegt werden kann, als es zur Deckung der Strafe und der Kosten erforderlich scheint. Auf die Beschlagnahme finden die Vorschriften der §§ 928—932, 803 ZPO. entsprechende Anwendung (§ 325 StPO). Mit der ersten Bekanntmachung der Beschlagnahme im Reichsanzeiger verliert der Angeschuldigte die Verfügungsbefugnis; jede Verfügung ist „der Staatskasse gegenüber nichtig“ (§ 326 StPO.), schließlich ist auch noch § 288 StGB. hierher zu rechnen, welcher die „Vollstreckungsvereitelung“ verbietet. Wie sich aus den Worten: „Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Gläubigers ein“ ergibt, sind Rechtsgeschäfte zum Zwecke der Vollstreckungsvereitelung nur den Gläubigern gegenüber unwirksam; natürlich wird auch hier, wie überall bei relativen Veräußerungsverboten, guter Glaube des Dritten vorausgesetzt; andernfalls fiele ein zum Zwecke der Vollstreckungs-

---

[80]) Derselben Ansicht Staudinger u. Cosack; entgegengesetzter Ansicht Fischer u. Henle.

vereitlung geschlossenes Geschäft unter § 138 BGB. und wäre aus diesem Gesichtspunkte absolut nichtig.

In § 137 schließlich trifft das BGB. Bestimmungen über rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote und legt ihnen obligatorische Wirkung bei, verneint dagegen die dingliche. Der Grund hierfür liegt darin, daß das Bürgerliche Gesetzbuch „relativ-dingliche" Rechte, die auf diese Weise entstehen würden, grundsätzlich nicht anerkennt.[81]) In einem Falle nur, nämlich bei den rechtsgeschäftlichen Abretungsverboten des § 399, die wir bereits im früheren Verlauf der Arbeit kennen gelernt haben, erkennt das Gesetz eine dingliche Wirkung solcher Privatvereinbarungen an.

Der Widerspruch, der sich hiernach zwischen den §§ 137 und 399 ergibt, ist nur ein scheinbarer: § 137 verbietet, die Verfügung über ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft auszuschließen. Wird ein Rechtsverhältnis nun aber gemäß § 399 zu einem unveräußerlichen gestaltet, so fällt es nicht mehr unter die veräußerlichen, mithin auch nicht mehr unter die Regel des § 137.[82])

Ausnahme von dieser Regel des § 137 bilden diejenigen rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen, die schon vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestanden haben, sowie die in Art. 59 und 62 EG. z. BGB. aufrechterhaltenen Bestimmungen über Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter, sowie über Rentengüter, welche dem Landesrechte angehören.

In einigen Fällen können rechtsgeschäftlichen Verfügungsverboten Wirkungen gegen Dritte beigelegt wer-

---

[81]) vgl. Staudinger u. Endemann, Lehrb. II S. 14.

[82]) So Staudinger, Komm. zu §§ 137 u. 399.

den; so kann der Erblasser den Erben in der Verfügung über die Erbschaft nach §§ 2211—2214 BGB. durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, oder nach § 2113 durch Einsetzung eines Nacherben beschränken (vgl. auch § 2338).

Es erübrigt nunmehr noch die Frage, wie derjenige, der durch ein relatives Veräußerungsverbot, sei es ein gesetzliches, sei es ein behördliches, geschützt ist, sein Recht gegenüber einem Dritten geltend machen kann, welcher verbotswidrig etwas erlangt hat.

Voraussetzung ist immer, daß der Erwerber beim Erwerbe nicht in gutem Glauben war, d. h., daß ihm bekannt, oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß der Veräußerer nicht veräußerungsberechtigt war (vgl. § 932 Abs. 2).

Die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer verbotswidrigen Verfügung wird sich danach richten, wo sich die veräußerte Sache befindet, ferner danach, ob es sich um den Schutz eines dinglichen oder eines obligatorischen Anspruchs handelt.

Hat der Verletzte die verbotswidrig veräußerte Sache im Besitze, so kann er den bösgläubigen Erwerber, der Eigentumsansprüche erhebt, einfach abweisen.

Ähnlich, wenn ein Veräußerungsverbot den Schutz eines dinglichen Rechts bezweckt; hier kann der Geschützte „aktiv gegen jeden, der sich damit in Widerspruch setzt, vorgehen.“ [83])

Anders dagegen, wenn der Geschützte nur obligatorisch berechtigt ist. Für diesen Fall gibt das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmte Vorschriften nur in bezug auf Grundstücke (§ 888 Abs. 2): „Soweit der Erwerb eines eingetragenen

---

[83]) vgl. Planck I Komm. zu § 135; ferner Staudinger, Dernburg, Bürgerl. R. K. I § 124.

Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber derjenigen, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot besteht, unwirksam ist, kann der Geschützte von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch das Veräußerungsverbot gesicherten Anspruchs erforderlich ist". Diese Zustimmung kann nach § 894 ZPO. durch Urteil ersetzt werden.

Für bewegliche Sachen hat der Gesetzgeber keine entsprechenden Bestimmungen getroffen. Planck[84]) konstruiert folgendermaßen.

1. § 888 erkläre sich aus den besonderen, für das Grundbuch geltenden Vorschriften; eine Verallgemeinerung des darin ausgesprochenen Grundsatzes sei bedenklich und durch die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung jedenfalls überflüssig.

2. Der Veräußerer habe trotz der geschehenen Veräußerung und Eigentumsübertragung gegen den Erwerber die rei vindicatio; nur er sei dem Geschützten gegenüber Eigentümer. Also könne er die Eigentumsklage dem Geschützten zedieren, zu dieser Zession event. durch Urteil (§ 894 ZPO.) gezwungen werden. Auf diese Weise könne der Geschützte dann seinerseits mit der rei vindicatio gegen den Erwerber vorgehen.

Nach anders beim Anspruch auf Einräumung eines Pfandrechtes an einer beweglichen Sache. Zur Begründung eines solchen Pfandrechtes ist nach § 1205 Übergabe der Sache erforderlich; § 931 (Abtretung des Anspruchs auf Heraus-

---

[84]) Ähnlich Staudinger, Endemann.

gabe) kann keine Anwendung finden, da der Schuldner, der die Sache veräußert hat, zwar Eigentümer, aber nicht mittelbarer Besitzer ist. Der Geschützte kann also zunächst auf Begründung des Pfandrechts klagen; hiermit ist die Herausgabe der Sache verbunden; der Anspruch hierzu gilt als ihm gegenüber bestehend und kann ihm nach § 886 ZPO. überwiesen werden. Auf diese Weise gelangt er in den Besitz der veräußerten Sache, wodurch das Pfandrecht begründet wird. Verweigert der Veräußerer die Verpfändungserklärung, so kann sie nach § 894 ZPO. als abgegeben angesehen werden.

Einen anderen Weg schlägt Dernburg vor; es ist der der Analogie zu § 888 BGB. Der Geschützte kann, wie er bei Grundstücken Löschung verlangen kann, so bei beweglichen Sachen verlangen, daß der Erwerber „die zur Verwirklichung des verletzten Anspruchs erforderlichen Handlungen vornimmt". „§ 888 beruhe nicht auf dem besonderen Formalismus des Grundbuches, sondern auf dem Gedanken, daß der Erwerber eine Widerrechtlichkeit begehe, die er dem Verletzten gegenüber gut zu machen habe."

Dernburgs Weg ist erheblich kürzer und einfacher als der von Planck vorgeschlagene und führt praktisch wohl auch zu den gleichen Resultaten; Dernburg geht jedoch von der Voraussetzung aus, daß der bösgläubige Erwerber gegenüber dem Veräußerer Eigentümer der veräußerten Sache geworden ist,[85]) eine Voraussetzung, die nach dem im Bürgerlichen Gesetzbuch geltenden Grundsatze: „Böser Glaube schließt den Erwerb aus" nicht unbedenklich ist. Wir schließen uns daher den oben dargelegten Planckschen Ausführungen an.

[85]) Denselben Standpunkt vertritt auch Rehbein, BGB. I § 135.

Im übrigen wird der in § 134 aufgestellte Grundsatz, der als regelmäßige Folge einer Verbotsverletzung die Nichtigkeit statutiert, nur noch in wenigen Fällen durchbrochen.

Eine solche Vorschrift, bei der sich aus dem Gesetze ein anderes ergibt, finden wir z. B. in § 456. Dort ist gesagt, daß bei einem Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung der mit der Vornahme des Verkaufs Beauftragte, die zugezogenen Gehilfen und der Protokollführer nicht mitbieten dürfen. Geschieht dies dennoch, so ist die Gültigkeit des Kaufes nach § 458 von der Genehmigung der am Kaufe als Gläubiger, Schuldner oder Eigentümer beteiligten Personen abhängig. Wird diese Genehmigung nicht erteilt, so ist der Käufer nach § 458 Abs. 2 zum Schadensersatze verpflichtet. Wir haben hier also einen Fall der „einstweiligen Unwirksamkeit".

Eine weitere Ausnahme finden wir in § 762: „Durch Spiel oder durch Wette[86]) wird eine Verbindlichkeit nicht begründet." Die Folge davon ist aber nicht die Nichtigkeit eines jeden Spiel- oder Wettvertrages, vielmehr erklärt das Gesetz, daß „das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat". Es wird hier demnach eine Naturalobligation begründet.

---

[86]) Für das röm. Recht vgl. l. 1 § 1 C. 3, 43, wo Spielverträge für nichtig erklärt werden: hac generali lege decernimus, ut nulli liceat, seu in privatis, seu in publicis locis ludere; et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio sed solutum reddatur. Verbindlichkeiten aus einer Wette waren dagegen mit einer actio praescriptis verbis einklagbar, l. 17 § 5 D. 19, 5: Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit.

Dieselbe Folge statuiert das Gesetz in § 763 Satz 2 für einen Spielvertrag, der mit einer ausländischen, im Auslande staatlich nicht genehmigten Lotterie eingegangen wird, und für Börsendifferenzgeschäfte, reine und verdeckte, wenn die Beteiligten zur Zeit des Abschlusses des Differenzgeschäftes nicht im Börsenterminsregister eingetragen waren (vgl. § 69 des Börsengesetzes).

Durch § 763 sind nach dem Satze: „Reichsrecht bricht Landesrecht" sämtliche bisherigen landesrechtlichen Verbote über das Spielen in auswärtigen Lotterien, soweit sie die zivilrechtlichen Folgen eines solchen Spielvertrages betreffen, aufgehoben: sie sind jetzt vollgültige Verträge, wenn die betreffende Lotterie im Staate der Veranstaltung genehmigt ist.[87])

Daß die Strafverbote, welche das Spielen in auswärtigen Lotterien betreffen, durch § 2 RStGB. aufgehoben seien, wird von der Theorie — und zwar mit Recht — behauptet, von der Praxis aber verneint. § 2 des RStGB. bestimmt, daß das Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche durch das Reichsstrafgesetzbuch geregelt sind, außer Kraft zu treten habe. Da das Strafgesetzbuch nun Glücksspiel und Lotterie geregelt, das Spielen in auswärtigen Lot-

[87]) vgl. Jur. Wochenschrift 1901 S. 479: Für alle bundesstaatlichen Lotterien haben die landesgesetzlichen Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien ihre privatrechtliche Wirkung verloren. Entsch. d KG. v. 11. 5 1901. Ferner: Endemann in der DJZ. 1898 S. 51: „Selbst der durch ein Landesrecht bestrafte Lotterievertrag muß zivilrechtlich als vollkommen gültig angesehen werden. Ebenso wie durch § 22 (rechtsfähiger Verein) und § 795 (Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber) erhält durch § 763 ein landesrechtlicher Verwaltungsakt die Kraft, den Eintritt einer reichsrechtlichen Norm auszulösen."

terien aber nicht unter Strafe gestellt hat, sind die diesbezüglichen landesrechtlichen Strafverbote hinfällig.[88])

Die besondere Folge, daß bei einer Übertragung einer Forderung, für die ein Pfandrecht besteht, nach § 1250 Abs. 2 das Pfandrecht erlischt, die Zession aber gültig ist, ist oben schon erwähnt.

Weitere Ausnahme finden wir in § 1238: Das Pfand darf nur unter der Bestimmung verkauft werden, daß der Kaufpreis sofort bar zu entrichten ist. Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen (§ 1238 Abs. 2).

Ferner hat die Verletzung einer ganzen Reihe von Eheverboten keine Nichtigkeit, sondern Ansichtbarkeit zur Folge. So in §§ 1303, 1331—1335.

In gewissem Sinne bildet ferner § 43 BGB. eine Ausnahme von § 134; derselbe läßt alle Rechtsgeschäfte, die ein rechtsfähiger Verein verbotswidrig abschließt, bestehen, gestattet aber, einen solchen Verein aufzulösen.

Schließlich kann man auch noch alle diejenigen Rechtsgeschäfte, die ein Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung in fraudem creditorum oder unter Verletzung der par conditio creditorum vornimmt, als nicht unter § 134 fallend ansehen; solche Geschäfte sind zwar verbotswidrig, haben aber nur Anfechtbarkeit durch den Konkursverwalter zur Folge.[89])

---

[88]) So Endemann in DJZ. 1898 S. 51; so Franck, Komm. z. StGB. § 2. Entgegengesetzter Ansicht Cosack Bd. 4. S. 594, ferner das Reichsgericht, vgl. Entscheid. in Bd. 33 S. 124, 196, bes. 335; Bd. 36 S. 260.

[89]) vgl. auch §§ 60 und 81 HGB.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.